This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

3 2044 103 200 481

Digitized by Google

HARVARD LAW LIBRARY

Received Oct. 25, 1921.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Festgabe

der

Leipziger Juristenfakultät

für

Dr. Bernhard Windscheid

zum

22. Dezember 1888.

Leipzig,
Verlag von Duncker & Humblot.
1888.

Digitized by Google

Digitized by Google

Festgabe

der

Leipziger Juristenfakultät

für

Dr. Bernhard Windscheid.

Digitized by Google

Digitized by Google

Festgabe

der

Leipziger Juristenfakultät

für

Dr. Bernhard Windscheid.

Digitized by Google

Digitized by Google

Festgabe

der

Leipziger Juristenfakultät

für

Dr. Bernhard Windscheid

zum

22. Dezember 1888.

Leipzig,
Verlag von Duncker & Humblot.
1888.

Digitized by Google

OCT 2 5 1921

Digitized by Google

Hochzuverehrender Herr Jubilar!

Mit freudiger Bewegung begrüßt die Fakultät, deren erster Professor und Ordinarius Sie sind, den heutigen Tag als Ihren und der Fakultät Festtag. Fünfzig Jahre stehen Sie nun in ebenso rastloser, wie erfolgreicher Thätigkeit und mit immer gleicher Jugendfrische auf dem Felde, auf welches Sie Ihre hervorragende Begabung gerufen hat. Sie haben Ihren Doktoreid, den Sie einst ableisteten, gehalten, wie nur ein Mann ihn halten kann, und haben ihm durch Ihr Leben und Schaffen einen Inhalt gegeben, wie nur ein Gelehrter vermag, welcher in unabläſſiger Arbeit des Gedankens mit den ihm verliehenen Pfunden zu wuchern weiß.

Ihren Kollegen ein aufrichtiger Freund und Berater, Ihren zahlreichen Schülern ein leuchtendes Vorbild, ein Stolz

Digitized by Google

der Universität, ein Licht deutscher Wissenschaft, ein regsamer und anregender Gönner und Helfer in gemeinnützigen Angelegenheiten, versagen Sie Ihre Mitwirkung nie, wo diese zu edlen Aufgaben des Lebens in Anspruch genommen wird, und was Sie da in den verschiedensten Richtungen leisten, das leisten Sie ohne Beeinträchtigung Ihrer wissenschaftlichen Höhe.

Durch alles, was Sie thun oder lassen, spricht Ihre überzeugungstreue Persönlichkeit. Ihre Wissenschaft ist zugleich Ihr Charakter, Ihr Charakter das Geheimnis Ihres lebendigen Wortes, welches vom Katheder aus alljährlich die weitesten Kreise zieht. Jeder Ihrer Gedanken trägt Ihr Gepräge, und der unendliche Stoff des Römischen Rechts, diese energievolle und weltbezwingende Schöpfung menschlichen Geistes, hat sich doch in Ihr Zeichen fügen müssen. Und er hat sich gefügt, ohne einzubüßen; unter diesem Ihren Zeichen hat der antike Stoff seine ganze krystallhelle, stahlharte, scharfkantige Art von neuem offenbart.

Indem Sie durch geistvolle Monographieen die Welt unserer juristischen Begriffe bereicherten, sind Sie ein wahrer Auctor Juris geworden. In der großartigen Zusammenfassung dessen, was von den römischen Juristen einst, und was von der deutschen Rechtswissenschaft bis jetzt wieder über jene gedacht und gesagt worden ist, tritt die Doppelleistung zweier Wissenschaftsperioden als ein geschlossenes Ganzes vor das Auge der Gegenwart und reiht sich in die Triumphe des deutschen Gedankens, welcher nicht ruht, bis er alles Gewordene durchdrungen, in das Äußerste vertieft und sich ehrlich und völlig zu eigen gemacht hat. Wenn künftig die Germania mit dem vollendeten bürgerlichen Gesetzbuch in der Hand hinweisen wird auf die scharfe Fassung der Gedanken und auf den Reichtum deutscher Rechtssprache, so wird man sich auch erinnern, daß Ihr Lehrbuch einen großen Teil der Quadern zu dem Unterbau geliefert hat.

Digitized by Google

Sie haben nimmer geſäumt, keinen Augenblick geruht auf der von Ihnen mit Glanz verfolgten Bahn. Möge Gott Ihnen auch fernerhin Ihre Kraft erhalten, damit Sie auf dieſer Bahn noch lange mit voller Friſche und Hingebung an die hehren Ziele unſerer Wiſſenſchaft uns vorangehen. Wir umſtehen Sie an Ihrem Ehrentag mit unſeren wärmſten Segenswünſchen, welche Sie in Ihren Lebensabend weit hinaus begleiten ſollen. Nehmen Sie freundlich dieſe Ihnen im Namen der Juriſtenfakultät dargebotene Feſtſchrift auf. Sie ſei in Verbindung mit dem für die Fakultätsaula beſtimmten Bruſtbild, welches zufolge Beſchluſſes der Fakultät von Künſtlerhand gefertigt worden iſt, Ihnen ſelbſt ebenſo, wie auch weiteren Kreiſen und ſpäteren Geſchlechtern ein Zeichen unſeres Dankes für das, was Sie als Ordinarius und Kollege uns und allen unſeren Kollegen ſind.

In kollegialer Treue und aufrichtiger Verehrung verharrend

Leipzig, am 22. Dezember 1888.

Die Juriſtenfakultät
der Univerſität Leipzig.

Dr. Emil Kuntze, d. Z. Decan.

Dr. Otto Müller, Senior d. F. — Dr. Adolf Schmidt.

Dr. Emil Friedberg. — Dr. Karl Binding.

Dr. Adolf Wach. — Dr. Oskar Bülow.

Dr. Rudolph Sohm.

Digitized by Google

Digitized by Google

Inhalt.

(Die angeführten Seitenzahlen sind die am inneren Rande der Seiten befindlichen.)

		Seite
Die Gründung des Norddeutschen Bundes. Ein Beitrag zur Lehre von der Staatenschöpfung. Von Karl Binding.		1—72
§ 1.	Die gebotenen Ausgangspunkte	3—7
§ 2.	I. Der Sieg des Vereinbarungsgedankens	7—11
§ 3.	II. Der Bündnisvertrag vom 18. August 1866	11—18
	III. Dessen Durchführung und Nichtdurchführung	18—65
§ 4.	1. Einleitung	18—20
§ 5.	2. Ersatz des einen Reichswahlgesetzes durch 22 sonderrechtliche Wahlgesetze	20—29
§ 6.	3. Die angebliche Umwandlung in der Rechtsstellung des Reichstags	29—37
§ 7.	4. Die Verfassungsvereinbarung	37—42
§ 8.	5. Der vereinbarende Reichstag insbesondere	42—46
§ 9.	6. Die Lücke der Vereinbarung bezüglich des dies a quo	47—48
§ 10.	7. Die Unterlassung der Verfassungsverkündigung	48—53
§ 11.	8. Die Rechtslage nach der Verfassungsvereinbarung	53—59
§ 12.	9. „Landesgesetzgebung“	59—65
§ 13.	IV. Die Rechtsgedanken im Gründungswerk	65—72
Der Feststellungsanspruch. Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch. Von Adolf Wach		73—138
	I. Die Theorieen über die Natur des Feststellungsanspruchs	76—87
	II. Der Feststellungsanspruch ein Rechtsschutzanspruch	87—105
	III. Feststellungsklage und Verurteilungsklage	106—116
	IV. Der Gegenstand der Feststellung	116—123
	V. Das Feststellungsinteresse	123—138
Die deutsche Genossenschaft. Von Rudolph Sohm		139—181
	I. Die deutsche Genossenschaft des mittelalterlichen Rechts	148—165
	II. Gegensätze	165—175
	III. Heutiges Recht	175—181

Digitized by Google

Digitized by Google

Die Gründung des Norddeutschen Bundes.

Ein Beitrag zur Lehre von der Staatenschöpfung.

Von

Karl Binding.

Digitized by Google

Digitized by Google

§ 1.

Die gebotenen Ausgangspunkte [1]).

Nicht in graue Vorzeit braucht zurückzusinnen, wer sich richtig vorstellen möchte, wie Rechtsquellen und Recht entstehen, wo solche bisher nicht vorhanden waren. Großartige Erscheinungen der Neuzeit, in ihrem ganzen Verlaufe klar und unzweifelhaft, in ihren Ergebnissen unangefochten und unanfechtbar, lehren beredt und deutlich, was das Altertum oft ganz verhüllt, oft nur halb erraten läßt. Aber seltsam genug — diese Lehren, um so bedeutsamer, je seltener wir sie der Geschichte in solcher Klarheit verdanken, werden leicht überhört, noch leichter mißdeutet. Sind die neuen Rechtsquellen neue Staaten, so ist es, als ob die Erfüllung oder Vereitelung politischer Hoffnungen und die dadurch erregten Empfindungen den Blick von dem Werdegang ablenkten. Aber gerade aus ihm sind tiefere Aufschlüsse zu schöpfen, und so soll unsere Quelle das Werden des großartigsten Staatsgebildes der Neuzeit sein.

Am 30. Juni 1867 stehen in Norddeutschland noch 22 Staaten in voller Souveränität, keiner irdischen Macht unterthan, neben einander; ein organisiertes norddeutsches Volk im Sinne des Staatsrechts ist noch nicht zu entdecken: die Preußen, die Sachsen, die Mecklenburger, sie fühlen sich als Deutsche, aber in den Augen des

[1]) Die Absicht dieser Abhandlung ist ihrem Anlasse entsprechend. Sie will einem Freunde eine Freude machen; sie giebt ihm, was Männer der Wissenschaft einander schenken können: ein paar eigener Gedanken. Sie vermeidet den Streit, der dem Feste nicht frommt, und kritisiert mehr Ereignisse als Menschen.

Digitized by Google

Rechts sind sie es nicht. Eine Tageswende später: und ein norddeutscher Staat steht neben und über jenen 22 alten Gemeinwesen und beginnt — handlungsfähig geboren wie alle Staaten — sofort in Ausführung seiner allseitig anerkannten Verfassung thatkräftig zu leben; die Scheiden der norddeutschen Völkerschaften aber sind soweit als nötig gesunken, damit letztere zu einem norddeutschen Staatsvolke zusammenfließen konnten.

Woher schöpft aber das neue Gemeinwesen die Rechtsgewißheit seiner Verfassung? Es gab doch vor diesem Tage keine „gesetzgebende Gewalt" als Teil einer vorhandenen Staatsgewalt, aus der jene Verfassung und jene Institutionen ihren Bestand von Rechtswegen ableiten konnten! Denn ihre Rechtsgültigkeit auf die gesetzgebenden Gewalten der norddeutschen Staaten zu gründen, ist undenkbar. Ein Staat kann für sich selbst, aber nie und nimmer für oder wider souveräne Nebenstaaten und für die Nation, deren eines Glied sein Staatsvolk ist, Gesetze geben.

Wie sehr diese Staatengründungen abseiten unseres juristischen Denkens und Verstehens liegen, dafür beweist der doppelte Umstand, daß die Schöpfung des Norddeutschen Bundes nicht nur in unserer zweifellos kräftig aufblühenden Wissenschaft des Staatsrechts bis heute noch vielfach verkannt wird [2]), sondern daß auch die großen Schöpfer des neuen Gemeinwesens — obschon klar über das Ziel und den einzigen Weg zu ihm — diesen nicht ohne Irrung gewandert sind. Wer hinterher die Linie ihres Ganges verfolgt, erkennt unschwer, was während des Vorschreitens auf ungewohntem Pfade sich dem Auge leicht entzog, und seine Beobachtung kann keinen Tadel bedeuten.

---

[2]) In voller Schärfe verneint wird die Thatsache der Staatengründung von Seydel, Kommentar zur Verfass.-Urkunde. Würzburg 1873. Einleitung und S. 3 ff. Seine Beweisführung ist nicht ohne Scharfsinn, aber mißlingt vollständig (wohlthuend dagegen die gesunden Gründe v. Mohls Reichsstaatsrecht S. 37 N. 1). Schlimmer sind die Ausführungen von Zorn, Staatsrecht des Deutsch. Reichs I S. 17 ff., wo ein schweres Mißverständnis das andere ablöst.

Digitized by Google

Spürt man den Gründen der Fehler nach, so finden sich deren besonders zwei:

1. Die Hauptquelle zugleich der theoretischen wie der praktischen Irrungen bildet das Verkennen der Wahrheit, daß die Schöpfung von Nationalstaaten über einer Reihe schon bestehender Gemeinwesen und zugleich über der ganzen Nation Vollzug von Staatsgesetzen nie sein kann[3]). Möglich, daß der eine oder andere Vorbereitungsakt in Ausführung von Landesrecht zu geschehen vermag. Der Teil gewinnt dadurch an rechtlicher Unanfechtbarkeit: das Ganze wird dadurch leicht geschädigt. An den beiden Stellen, wo die Schöpfungsgeschichte des Norddeutschen Bundes den Weg des Erlasses und Vollzugs von Landesgesetzen zu betreten versucht hat, ist sie jedesmal schwer gefährdet worden zur Strafe dafür, daß sie ihre hohe Bahn über dem Rechte der Einzelstaaten hin verlassen hat. Der große Vorgang muß extra et supra legem bleiben[4]).

2. Der andere Fehler, dem die Theorie verfallen, entspricht der Neigung auch diese Staatengründungsvorgänge gewissen Schablonen unterthan zu machen, sei's, daß sie den Staatenvertrag als dazu taugliches Mittel allgemein bejaht[5]) oder verneint[6]). Diese Vorgänge wollen aber durchaus individuell betrachtet sein, und nichts wirkt wiederum schädlicher als die Rechtsvergleichung vor genauester Feststellung der Einzelvorgänge.

---

[3]) Diesen Fehler, der in den verschiedensten Wendungen auftaucht, werde ich kurz als den Gesetzlichkeitsfehler bezeichnen.

[4]) Ob man dadurch genötigt ist, die Schöpfung des Nationalstaates mit Jellinek, Lehre von den Staatenverbindungen S. 262. 264, als rein thatsächlichen, also am Rechte nicht zu messenden Vorgang zu bezeichnen, das zu prüfen bleibe der Schlußbetrachtung vorbehalten. Jellineks treffliche Ausführungen haben großen Eindruck gemacht. S. Meier, Einleitung S. 301; Laband I S. 32 (damit im Widerspruch S. 33); Zorn I S. 24, der aber mit dieser seiner Ansicht in ständigem Hader lebt.

[5]) S. die Anhänger dieser Theorie in Anwendung auf den Norddeutschen Bund bei Laband I S. 30 N. 2.

[6]) Besonders energisch Jellinek a. a. O. S. 253 ff.

Digitized by Google

Es versteht sich ganz von selbst, daß wenn die Nation politisch mündig ist, prinzipiell nicht über ihren Kopf weg das Reich begründet werden kann. Bestehen die Einzelstaaten in Republiken oder beschränkten oder selbst unbeschränkten Monarchieen, in welch letzteren aber der Übergang zur konstitutionellen Staatsform — daß ich so sage — schon beschlossene Sache ist, so erscheint der durch die Regierungen einseitig abgeschlossene Staatsvertrag, richtiger dessen gemeinsame Ausführung durch die Teilnehmer, als untaugliches Mittel: dem Akt fehlt gegenüber dem Volke die Rechtsverbindlichkeit. Vereinbaren aber absolute Herrscher unter sich eine Gesamtstaats-Verfassung und bringen sie gemeinsam zur Ausführung, so ist nicht einzusehen, weshalb der Gesamtstaat dadurch nicht soll erzeugt werden können[7]).

Da in Deutschland allgemeines Einverständnis über die Notwendigkeit einer Mitwirkung der Nation bestand, ein Staatsvertrag aber, der verbindliche Kraft über die Völker der Einzelstaaten hinaus erlangen will, ein Staatsvertrag, der zu seiner Gültigkeit der Zustimmung eines ad hoc einberufenen Parlaments bedarf, ganz undenkbar ist, weil derselbe Rechtsakt nicht zugleich international und national sein kann, so ist allerdings für den Norddeutschen Bund ein völkerrechtlicher Vertrag als staatsrechtliche Basis ganz unannehmbar.

Nach Verschiedenheit der Verhältnisse führen eben ganz verschiedene Wege zum gleichen Ziel. Wird auf Wunsch der Regierungen wie der Nation erst ein unverbindlicher Verfassungs*entwurf* aufgestellt, zu dessen Annahme die Einzelstaaten gewonnen werden sollen, so muß der Verlauf der Staatengründung ein vollständig anderer werden, als wenn begonnen wird sofort mit Aufstellung einer abgeschlossenen in ihren Einzelheiten nicht mehr in Frage zu ziehenden Verfassung. Und in letzterem Falle ist wieder

---

[7]) Treffend hebt *Haenel*, Studien I S. 68 hervor, wie der juristische Entstehungsgrund eines Rechtsverhältnisses über dessen innere Natur nicht entscheidet.

Digitized by Google

scharf zu scheiden, ob diese Verfassung wie in den Jahren 1848 und 1849 einseitig von der Nation, oder wie 1867 gemeinsam von der Nation und den Regierungen aufgestellt wird.

Je nachdem der eine oder andere Weg der Staatengründung eingeschlagen wird, kann bald ein größerer, bald ein kleinerer, bald prinzipiell gar kein Teil desselben sich als Vollzug von Gesetzen der Einzelstaaten darstellen.

Meine Aufgabe finde ich nun ausschließlich in dem deutschen Nationalstaat und dessen Schöpfung[8]).

§ 2.

I. Der Sieg des Vereinbarungsgedankens.

Es ist kein Zufall, daß in demselben Augenblicke, wo 1848 der frühere deutsche Bund in einen deutschen Staat umgewandelt werden sollte, das alte Mittel des Staatenvertrags als dazu untauglich von allen Seiten anerkannt ward, und daß die Fähigkeit eine neue Staatsgewalt zu schaffen nur von den Potenzen beansprucht wurde, die sich schließlich als deren Mitinhaber wirklich erwiesen haben, daß aber sofort — wenn auch leise und zuerst ungehörig mißachtet — der Widerspruch zwischen ihnen ausbrach, als sich die eine dieser Mächte anschickte die andere von der Teilnahme am Verfassungswerk auszuschließen. Der alte Kampf zwischen vereinbarter und oktroyierter Verfassung ward von seinem bisherigen Schauplatz, dem Boden zu Recht bestehender Staatsgewalten, auf das vorstaatliche Gebiet verlegt, und gerade als ob die Rechte derer, die sich zu

---

[8]) Da ich öfter zur Vor- und Rückschau genötigt bin und dem chronologischen Verlauf nicht streng folge, verweise ich besonders auf Thudichum, Verfassungsrecht des Nordd. Bundes. Tübingen 1870 S. 12 ff., Meier, Einleitung in das deutsche Staatsrecht S. 272—303, und auf Laband, Reichsstaatsrecht I S. 9—33. Da dessen Darstellung in der 1. Aufl. I S. 9—33 mit der der 2. Aufl., S. 9—33 bis auf deren vier letzte polemische Seiten fast wörtlich übereinstimmt, die 2. Aufl. auch dem Auszug bei Marquardsen zeitlich nachfolgt, citiere ich nur die 2. Aufl.

Digitized by Google

solcher Staatenschöpfung anschicken, durch geschriebenes Gesetz zweifellos begründet und an seinen Satzungen sicher zu bemessen wären, behaupteten die einen die Rechtsbeständigkeit auch der oktroyierten, die andern nur die der vereinbarten staatsbegründenden Verfassung.

Die erste Auffassung ist die natürliche des an dem guten Willen der deutschen Staatenregierungen nicht ohne Grund verzweifelnden deutschen Volkes in dem Vorparlamente und leider auch später in der „verfassunggebenden Nationalversammlung" der Paulskirche[9]). Das erstere sprach sich über die Aufgabe der letzteren dahin aus, „daß die Beschlußnahme über die künftige Verfassung Deutschlands einzig und allein dieser vom Volke zu erwählenden konstituierenden Nationalversammlung zu überlassen sei"[10]).

Anders der Bundestag. In seiner Sitzung vom 30. März 1848 trug der sächsische Gesandte namens des Revisionsausschusses vor: „Eine neue Verfassung kann entweder einfach aus der Vereinbarung der Regierungen hervorgehen, und von diesen gemeinschaftlich durch Bundesbeschluß oktroyiert werden, oder sie kann im Wege des Vertrages und freier Zustimmung der Regierungen auf der einen und des Volkes auf der anderen Seite zur Gültigkeit gebracht werden. Nur dieser letztere Weg giebt eine Gewähr für den Bestand der Verfassung." Der Bund beschloß dem entsprechend die Bundesregierungen zur Anordnung der Wahlen von „Nationalvertretern" aufzufordern, welche möglichst bald am Sitze der Bundesversammlung zusammenzutreten haben, „um zwischen den Regierungen und dem Volke das deutsche Verfassungswerk zustande zu bringen"[11]).

---

[9]) Doch hatte in dieser der Vereinbarungsgedanke dennoch zahlreiche Anhänger, die durch v. Gagerns Proklamierung der Volkssouveränetät peinlich überrascht waren. S. Wichmann, Denkwürd. aus der Paulskirche. Hannover 1888 S. 10 ff.

[10]) S. Weil, Quellen u. Aktenstücke zur deutschen Verfassungsgeschichte. Berlin 1850 S. 97.

[11]) G. v. Meyer, Corpus juris Confoed. German. Zöpfl (3. Aufl.) II S. 468—470. S. auch Weil a. a. O. S. 100.

Digitized by Google

Dieselbe Grundanschauung teilt offenbar Dahlmann in seinem schönen Vorworte zu dem von den 17 Vertrauensmännern der Bundesversammlung am 26. April 1848 überreichten „Entwurf des Reichsgrundgesetzes“ [12]).

An dem Versuche der Verfassungs-Oktroyierung ist die Nationalversammlung, an seinem stets nur halben Willen und dem Versuche eine Verfassung zu vereinbaren ohne den Druck einer mächtigen Volksversammlung auf die widerstrebenden Mittelstaaten ist König Friedrich Wilhelm IV. gescheitert.

Als dann mit Anfang der sechziger Jahre die Frage nach Bundesreform und Einfügung eines beratenden Delegiertenhauses in die soidisant Bundesverfassung im Schoße des Bundestags auftauchte, sah der Bund als selbstverständlich an — von dem Standpunkte des Staatenbundes aus ganz folgerichtig —, daß er allein ohne Mitwirkung der deutschen Völkerschaften, geschweige des deutschen Volkes, die Reform vorzunehmen berechtigt sei.

Dem gegenüber hat Preußen klar und energisch den Vereinbarungsplan festgehalten. Überzeugend vertritt es ihn nach mehrfachen früheren Kundgebungen in der berühmten Erklärung des preußischen Gesandten am Bundestage in der Sitzung vom 9. April 1866: freilich lediglich mit politischen, nicht mit Rechtsgründen — aus der gesunden Überzeugung heraus, daß das politisch allein Mögliche auch das rechtlich Gegebene sei [13]).

---

[12]) v. Meyer II S. 490—491. Weil a. a. O. S. 109 ff.

[13]) S. Hahn, Zwei Jahre Preußisch-Deutscher Politik. Berlin 1868. S. 60 ff.: „Die Geschichte der mannigfachen in den letzten Jahrzehnten unternommenen Reformversuche hat erfahrungsmäßig gelehrt, daß weder die einseitigen Verhandlungen unter den Regierungen, noch die Debatten und Beschlüsse einer gewählten Versammlung allein imstande waren, eine Neugestaltung des nationalen Verfassungswerkes zu schaffen. — Wenn erstere immer bei dem Austausch verschiedenartigster Meinungen und der Ansammlung eines endlosen Materials stehen geblieben sind, so geschah dies, weil es an der ausgleichenden und treibenden Kraft des nationalen Geistes bei diesen Verhandlungen fehlte und die partikularistischen Gegensätze zu schroff und einseitig dabei festgehalten wurden. Ein solcher, zu höherer Einigung der Gegensätze führender Faktor ist nur in

Digitized by Google

Der alte Bund freilich mußte zu Grunde gehen, ehe dieser Plan Verwirklichung finden konnte. Es bedurfte des Hochdrucks großer Ereignisse, um alle norddeutschen Staaten zu gemeinsamer Ausführung desselben zu vereinigen.

Hatte die preußische Regierung am 16. Juni 1867, also zwei Tage nach ihrem Austritt aus dem Bunde, mittels identischer Noten alle norddeutschen Staaten außer Sachsen, Hannover und beiden Hessen eingeladen „mit ihm ein Bündnis auf den Grundlagen einzugehen, welche mit einem baldigst zu berufenden Parlamente zu vereinbaren sein würden“ [14]), so legte am 4. August Preußen den acceptierenden Staaten [15]) den Entwurf eines „Bündnisvertrages“ vor, und am 18. August 1866 schlossen 16 norddeutsche Staaten diesen Bündnisvertrag ab [16]). Drei Tage später folgten beide Mecklenburg (21. August), in deren Vertrag mit Preußen zum erstenmal eine Schwierigkeit des Verfassungswerks berührt wird, die später eine kaum vermutliche Größe angenommen hat: die Gebundenheit der am Vereinbarungswerke sich beteiligenden Regierungen ihren Ständen gegenüber [17]).

Diesem Bündnisvertrage schlossen sich an in ihren Friedensverträgen mit Preußen: Hessen-Darmstadt für seine nördlich

---

einer aus allen Teilen Deutschlands gewählten Versammlung zu finden. Wollten dagegen die Regierungen einer solchen Versammlung allein die Initiative bezüglich der Rekonstruktion der Bundesverfassung überlassen, wie dies im Jahre 1848 geschah, so würden dieselben Gefahren der Nichtachtung des in deutscher Eigentümlichkeit wirklich Begründeten wieder erwachen und damit auch die Hoffnungen des deutschen Volkes einer neuen Täuschung entgegengeführt werden. Nur durch Zusammenwirken beider Faktoren kann daher nach der festen Überzeugung der Königlichen Regierung das Ziel erreicht werden, daß auf dem Grunde und innerhalb des Rahmens des alten Bundes eine neue lebensfähige Schöpfung erstehe.“ Man sehe auch den so motivierten Antrag beim Bunde bei Hahn S. 64.

[14]) Worte aus der Preuß. Note vom 4. August. Staatsarchiv X Nr. 2378, auch bei Hahn S. 462.

[15]) Nur Sachsen-Meiningen und Reuß ä. L. hatten abgelehnt.

[16]) Den Text desselben s. Note 19 unten.

[17]) S. unten Note 20.

Digitized by Google

des Maines liegenden Gebietsteile (Vertrag vom 3. September 1866, A. 14), Reuß ä. L. (Vertrag vom 26. September 1866, A. 1), Sachsen-Meiningen (Vertrag vom 8. Oktober 1866, A. 1), das Königreich Sachsen (Vertrag vom 21. Oktober 1866, A. 2). Danach umfaßte er alle norddeutschen Staaten[18]).

§ 3.

II. Der Bündnisvertrag vom 18. August 1866[19-20]).

Der kurze Vertrag vom 18. August 1866[21]) steht einzig da durch die Großartigkeit seines Zieles, die klare Zeichnung des

[18]) Das Verhältnis der norddeutschen Regierungen zu diesem Vertrage war juristisch nicht ganz das gleiche. Von den sechzehn Unterzeichnern des Vertrags vom 18. August hatte Preußen gemäß Art. 48 seiner Verfassung den Vertrag nicht den Kammern behufs Einholung ihrer Zustimmung vorzulegen. Bezüglich des Restes gelingt es mir selbst mit dem trefflichen Material des Reichsgerichts nicht, durchweg festzustellen, ob zum Abschluß des Bündnisses die ständische Genehmigung eingeholt worden ist. Es ist jedenfalls geschehen in Weimar, Braunschweig, Oldenburg (hier erfolgte die Zustimmung nachträglich), Sachsen-Altenburg (wohl ebenso), Anhalt, beiden Schwarzburg, Reuß j. L., Lippe, den drei Hansestädten. — In beiden Mecklenburg erfolgte die ständische Zustimmung zu A. 2 u. 5 nachträglich. S. Staatsarchiv XI Nr. 2414, 2415, 2418—2429. Sachsen, Hessen, Meiningen und Reuß ä. L. traten in ihren Friedensverträgen dem Verfassungsbündnis bei: für sie kam eine Befragung der Stände rechtlich nicht in Betracht.

[19]) Wortlaut des Vertrags:

Art. 1. Die Regierungen von Preußen, Sachsen-Weimar, Oldenburg, Braunschweig, Sachsen-Altenburg, Sachsen-Coburg-Gotha, Anhalt, Schwarzburg-Sondershausen, Schwarzburg-Rudolstadt, Waldeck, Reuß jüngere Linie, Schaumburg-Lippe, Lippe, Lübeck, Bremen, Hamburg schließen ein Offensiv- und Defensivbündnis zur Erhaltung der Unabhängigkeit und Integrität, sowie der inneren und äußeren Sicherheit ihrer Staaten und treten sofort zur gemeinschaftlichen Verteidigung ihres Besitzstandes ein, welchen sie sich gegenseitig durch dieses Bündnis garantieren.

Art. 2. Die Zwecke des Bündnisses sollen definitiv durch eine Bundesverfassung auf der Basis der preußischen Grundzüge vom 10. Juni 1866 sichergestellt werden, unter Mitwirkung eines gemeinschaftlich zu berufenden Parlaments.

Digitized by Google

graden Weges nach der Höhe, die Garantie des Erfolges nicht mittels der Dauer, sondern der voll beabsichtigten Kurzlebigkeit des Bündnisses. Abgeschlossen zwischen souveränen Staaten, bestimmt dieselben einander zu verpflichten, trägt er rein den Charakter des völkerrechtlichen Vertrags.

I. Das Bündnis endet spätestens nach Ablauf eines Jahres, um entweder dem „neuen Bundesverhältnisse" oder aber dem vertragslosen Nebeneinander seiner Glieder Platz zu machen. In letz-

---

Art. 3. Alle zwischen den Verbündeten bestehenden Verträge und Übereinkünfte bleiben in Kraft, soweit sie nicht durch gegenwärtiges Bündnis ausdrücklich modifiziert werden.

Art. 4. Die Truppen der Verbündeten stehen unter dem Oberbefehl Seiner Majestät des Königs von Preußen. Die Leistungen während des Krieges werden durch besondere Verabredungen geregelt.

Art. 5. Die verbündeten Regierungen werden gleichzeitig mit Preußen die auf Grund des Reichswahlgesetzes vom 12. April 1849 vorzunehmenden Wahlen der Abgeordneten zum Parlament anordnen und Letzteres gemeinschaftlich mit Preußen einberufen. Zugleich werden sie Bevollmächtigte nach Berlin senden, um nach Maßgabe der Grundzüge vom 10. Juni d. J. den Bundesverfassungsentwurf festzustellen, welcher dem Parlament zur Beratung und Vereinbarung vorgelegt werden soll.

Art. 6. Die Dauer des Bündnisses ist bis zum Abschluß des neuen Bundesverhältnisses, eventuell auf ein Jahr festgesetzt, wenn der neue Bund nicht vor Ablauf eines Jahres geschlossen sein soll.

Art. 7 (betrifft die Ratifikation).

So geschehn, Berlin, 18. August 1866.

[20]) Der Mecklenburgische Vertrag enthält als Art. 6 folgende Sonderbestimmung:

„Da die Regierungen ... nach der in beiden Großherzogtümern bestehenden Verfassung einen Teil derjenigen Gegenstände, welche der Bündnisvertrag dem Parlamente zuweist, nicht ohne Zustimmung ihrer Landstände im Wege der Gesetzgebung ordnen und daher in diesen Beziehungen positive Vertragspflichten anderen Staaten gegenüber nicht ohne weiteres übernehmen können, so müssen die Großherzoglichen Regierungen ... bei der Unterzeichnung dieses Bündnisvertrags ihre weitere definitive Erklärung zur Zeit noch vorbehalten, jedoch nur in Bezug auf Art. 2 und 5. Preußen wünscht, den obigen Vorbehalt ..... baldmöglichst erledigt zu sehen, und beide Mecklenburg versprechen, die Erledigung sofort einzuleiten und thunlichst zu beschleunigen."

[21]) Wird er später citiert, so umfaßt das Citat alle Ergänzungsverträge.

Digitized by Google

terem Falle verloren die Staaten die für sie so wichtige Garantie Preußens für ihre Unabhängigkeit, Integrität, äußere wie innere Sicherheit. Bestimmt ist es dem neu zu gründenden Staate zu weichen: bestimmungsgemäß endet es mit dem Abschluß des neuen Bundesverhältnisses, „also durch Erfüllung" des Vertrags[22]).

II. Seinem Inhalte nach[23]) schafft der Vertrag:

1. Eine Offensiv- und Defensivallianz, und stellt sämtliche Truppen der Alliierten für die Zeit des Vertrags unter preußischen Oberbefehl.

2. Die sich vertragenden Staaten erklären ihr Einverständnis, daß

a. an Stelle des völkerrechtlichen Bündnisses ein neues Bundesverhältnis nicht völkerrechtlicher Art trete[24]);

b. daß die Zwecke dieses neuen Bundes definitiv durch eine Bundesverfassung sichergestellt werden;

c. daß der Entwurf derselben auf der Basis der preußischen Grundzüge vom 10. Juni 1866 errichtet und daß

d. die Verfassung selbst zwischen den Regierungen und einem Parlamente vereinbart werde.

3. Sie verpflichten sich aber auch zu dem Ende das Ihre zu thun, und zwar:

a. Bevollmächtigte nach Berlin zu senden, um nach Maßgabe der Grundzüge vom 10. Juni 1866 den Bundesverfassungsentwurf festzustellen;

b. gleichzeitig mit Preußen die Wahlen zum Parlamente anzuordnen;

---

[22]) So richtig Laband I S. 17.

[23]) Es gehören einerseits A. 1 und 4, andrerseits A. 2 und 5 zusammen. A. 6 bezieht sich auf alle gleichmäßig. A. 3 bleibt hier außer Betracht.

[24]) Gut Haenel, Studien I S. 70: „In scharfer Gegenüberstellung wird das gegenwärtige „Bündnis" und die in Aussicht genommene „Bundesverfassung", der „vorstehende Bündnisvertrag" und das „neue Bundesverhältnis", der „neue Bund" unterschieden". Daß der neue Bund kein völkerrechtlicher sein soll, beweisen die Grundzüge, die ihm u. a. Gesetzgebung zulegen.

Digitized by Google

c. dies auf Grund des Reichswahlgesetzes vom 12. April 1849 zu thun;

d. das Parlament gemeinschaftlich mit Preußen einzuberufen;

e. die Anordnung der Wahlen und die Sendung der Bevollmächtigten zugleich vorzunehmen, damit die Beratung der Bevollmächtigten durch die sichere Aussicht auf das Zusammentreten des Parlamentes wohlthätig beschleunigt werde[25]);

f. den Bundesverfassungsentwurf „dem Parlament zur Beratung und Vereinbarung vorzulegen".

4. Sie verpflichten sich endlich alle ohne Ausnahme in den Bund der vereinbarten Verfassung einzutreten und keinem der Staaten den Eintritt zu sperren[26]).

III. Nennt man ungenau den auf das vorzunehmende Verfassungswerk bezüglichen Teil den völkerrechtlichen „Vorvertrag" der norddeutschen Bundesverfassung, so ist für diesen charakteristisch:

1. Zweifellos sind alle Vertragsschließenden willens, streng auf dem Wege Rechtens, nicht auf dem einer Revolution oder eines Rechtsbruchs im Kleinen bei dem Ziele der Errichtung des norddeutschen Nationalstaates anzulangen. Dafür zeugt auch das Gewicht, das gelegt wird auf die Einigkeit aller norddeutschen Staaten unter einander und auf die Einmütigkeit zwischen ihnen und dem ganzen norddeutschen Volke[26a]).

2. Alle sind einig in einer ganz bestimmten Rechtsauffassung über den einzuschlagenden Weg, sowol negativ in der Verneinung der Mitwirkung bestimmter Potenzen, als auch positiv in der Feststellung der berufenen Subjekte der Vereinbarung. Ob diese Auffassung richtig war, also der Vollzug des Bündnisses genau in der vorgeschriebenen Weise erfolgen konnte, oder ob der vorgezeichnete Weg

---

[25]) Es kam dies nicht ganz wörtlich zur Ausführung.

[26]) Meier, Einleitung S. 302, nennt diesen Vertrag einen Unterwerfungsvertrag unter Preußen. Das ist juristisch gänzlich unrichtig und politisch stark übertrieben.

[26a]) Dafür zeugt ferner die häufige Einholung ständischer Genehmigung zum Abschlusse des Vertrags. S. oben S. 11 N. 18.

Digitized by Google

in störenden Konflikt mit dem Landesstaatsrecht führen und deshalb gemäß dem Abscheu aller Paciscenten vor dem Rechtsbruch verlassen werden mußte, stehe einstweilen dahin.

3. Diese einmütige Rechtsauffassung ging nun negativ dahin, alle Regierungen könnten vorbehaltlos die vorgesehenen Schritte als von ihnen auf eigene Faust vorzunehmende versprechen. Weder für das Wahlwerk, noch für das Verfassungswerk ist die Mitwirkung der Stände ausdrücklich in Aussicht genommen: ja, man wird weiter gehen und behaupten müssen, daß sie für beide durch den Wortlaut des Vertrages verneint ist.

Nach Art. 5 verpflichten sich die Regierungen, *auf Grund des Reichswahlgesetzes vom 12. April 1849 die Wahlen zum Parlament gleichzeitig mit Preußen anzuordnen*: also nicht auf Grund einzelstaatlicher Wahlgesetze, mochten sie sich auch noch so eng an das Reichswahlgesetz anschließen, also ohne Mitwirkung der Landstände. Jede Anordnung der Wahlen auf Grund Landesrechts war vertragswidrig und berechtigte alle anderen Teilnehmer zum Rücktritt. Deshalb bedurften die Regierungen auch keines Vorbehaltes bezüglich der Gleichzeitigkeit der Wahlanordnung. Sie glaubten sich unabhängig von den Ständen, deshalb nicht genötigt auf deren Zustimmung zu warten, deshalb jederzeit in der Lage die Wahlen auszuschreiben.

Nach Art. 2 aber sollen „die Zwecke des Bündnisses *definitiv* durch eine Bundesverfassung ... sichergestellt werden, unter Mitwirkung eines gemeinschaftlich zu berufenden Parlaments". Es lassen sich diese Worte nur dahin deuten, daß die *endgültige* Feststellung der Verfassung durch Regierungen und Parlament allein zu geschehen habe[27]).

Für diesen Sinn des Bündnisses stimmen auch alle anderen bekannt gewordenen Beweismittel. Insbesondere steht die Auffassung des führenden Staates Preußen außer Zweifel.

---

[27]) Haenel I S. 72 hält den Wortlaut für zweifelhaft. Ich kann dem nicht beipflichten.

Digitized by Google

Sie erhellt zunächst aus Preußens Wunsch gegenüber dem Vorbehalte der beiden Mecklenburg in ihrem Vertrage mit Preußen vom 21. August 1866. Preußen betrachtet diesen Vorbehalt als einen anomalen, vor dem Beitritt zu beseitigenden.

Ferner lehnte in den Verhandlungen des preußischen Abgeordnetenhauses vom 11. und 12. September 1866[28]) der über die Haltung des Hauses mit Recht schmerzlich erstaunte Ministerpräsident gegenüber dem Hause, das dem Reichstage nur eine beratende Stimme einräumen wollte, „von der Königlichen Regierung die Verantwortlichkeit für die Zögerungen und Schwierigkeiten, die aus dieser Einschränkung des Mandates des Reichstages hervorgehen könnten", ausdrücklich ab[29]). In der Sitzung vom 12. September machte v. Bismarck nochmals den Versuch das Recht definitiver Vereinbarung der Verfassung durch Regierungen und Reichstag dem kleinlich denkenden Hause annehmbar zu machen: „Sie würden in diesem Parlamente ... etwa 238—240 preußische Abgeordnete auf eine Gesamtzahl von zweihundert und einigen neunzigen haben, also eine sehr starke geborene preußische Majorität, der Sie sehr wohl das Vertrauen schenken können, daß sie die Rechte des Volkes ihrerseits wahren werde"[30]).

In der zweiten sächsischen Kammer sprach am 29. November 1866 der Minister von Nostitz-Wallwitz sein Bedauern aus über die Fassung des § 1 des Wahlgesetzes, wie sie dem preußischen Abgeordnetenhaus zu danken war. Ja, diese Verhandlungen gaben erfreuliches Zeugnis dafür, wie die sächsische Kammer selbst, also die Landesvertretung des neben Preußen mächtigsten aller norddeutschen Staaten, ganz einmütig die beanspruchte Mitwirkung der Landstände beim Verfassungswerk als ungehörig, ja unbegreiflich betrachtete. Es war also die Kammer über den Sinn des Verfassungsbündnisses nicht einen Augenblick im Zweifel[31]).

[28]) Stenogr. Berichte 1866 I S. 277—341.

[29]) A. a. O. S. 308.

[30]) A. a. O. S. 321.

[31]) S. Mitteilungen über die Verhandl. des sächs. Landtages 1866/67 I S. 75 ff.

Digitized by Google

Aus dieser Auffassung erhellt, daß die Paciscenten übereinstimmend, auch Mecklenburg eingeschlossen, nur zwei Subjekte der Vereinbarung anerkennen: die Regierungen und das norddeutsche Volk organisiert zum Parlamente.

Die vorgesehene Anordnung der Wahlen auf Grund des Reichswahlgesetzes vom 12. April 1849, welches direktes allgemeines Wahlrecht erteilt, zeigt, welches Gewicht auf das Zustandekommen einer echten Volksvertretung gelegt wird. Nicht nach Ständen oder Klassen, noch nach einem Census soll gewählt werden.

4. Die Rechtsstellung der vereinbarenden Faktoren war aber so gedacht:

a. Das Parlament steht den Regierungen gleichberechtigt gegenüber. Dies ergiebt der Begriff der Vereinbarung. Sein Nein bringt das Verfassungswerk zum Scheitern, natürlich das Nein des Parlaments, also seiner Majorität, nicht das eines einzelnen Mitgliedes. Es war dies den im Bündnisvertrag begriffenen Regierungen so gegenwärtig, daß gemäß dem ersten Protokolle der Bevollmächtigten-Konferenz, datiert Berlin den 18. Januar 1867, der Krone Preußen nicht nur die Berufung, Eröffnung, Vertagung, Schließung des Reichstages, sondern auch das Recht zu dessen Auflösung — offenbar mit der Rechtsfolge einer Neuwahl — von den Verbündeten übertragen ward[32]).

b. Die Regierungen aber bilden ihm gegenüber kein Kollegium, sondern stehen da als zweiundzwanzig einander prinzipiell gleichberechtigte singuli. Sie handeln vor der Vereinbarung nicht mit gesamter Hand, sondern jede für sich. Die Anwendung des Majoritäts-Prinzips ergiebt sich als auf sie unanwendbar, so lange sie sich ihm nicht ausdrücklich unterwarfen, was unseres Wissens nicht geschehen ist.

Über die Folgen nicht ihres einmütigen, sondern eines vereinzelten Nein hat der Vertrag wohlweislich geschwiegen. Man wird zu unterscheiden haben. Hätte einer der Staaten bei den Beratungen

---

[32]) S. Hahn a. a. O. S. 486. Treffend Haenel I S. 74.

Digitized by Google

des Entwurfes in der Schlußsitzung der Konferenz erklärt, er weigere die Annahme, so würden die in diesem Staate eventuell schon gewählten Abgeordneten im Parlamente keinen Sitz erhalten haben, und die Vorlage an dasselbe würde nur im Namen der übrigen Staaten erfolgt sein. Hätte aber ein Staat den durch das Parlament festgestellten Entwurf abgelehnt, so würde die „Vereinbarung" ihn nicht mitumfaßt haben, und er wäre in den Bundesstaat nicht eingetreten.

Also nur einmütiges Nein sämtlicher Regierungen übte dieselbe Rechtswirkung wie das Nein der Majorität des Reichstages: das eine wie das andere hintertrieb den zu gründenden Bundesstaat. Nahm aber das Parlament den Entwurf an, und ein Teil der Regierungen den Parlamentsentwurf, so kam der Bundesstaat in verkleinertem Maßstab zustande. Nur das Nein Preußens — der Präsidialmacht — ließ ihn völlig scheitern.

III. Durchführung und Nichtdurchführung des Bündnisvertrages.

§ 4. 1. Einleitung.

Mit Anbruch des 1. Juli 1867 hat der Vertrag vom 18. August seiner Bestimmung gemäß das Ende erreicht. Er war erfüllt, damit gegenstandslos geworden. Aber die Bedeutung des großen Ereignisses vom 1. Juli verkennt, wer diese erschöpft sieht in dem Akte der 22 norddeutschen Regierungen[33]).

Die Gründung eines neuen Staates, der sofort Verfassungsstaat sein soll, verläuft naturgemäß in zwei Stadien: der Errichtung der Verfassung und ihrem Inkraftsetzen, d. i. ihrer Ausführung. Beide Akte liegen 1867 über zwei Monate auseinander:

---

[33]) So besonders Laband I S. 31 ff. Sehr richtig betont aber Laband, daß Staatengründungen Thaten sind und nicht Aufstellungen von Rechtsregeln.

Digitized by Google

der erste fällt auf den 17. (nicht 16.) April, der letzte auf den 1. Juli[34]). Schon die Projektion der Gestalt des künftigen Staates und seines Organismus auf dem Papier der Verfassungsurkunde ist nicht lediglich die unerläßliche Vorbereitungshandlung: denn sie schafft das Recht des neuen Staates, also einen Teil desselben, und regelt zugleich die Art der Mitwirkung der Staatsschöpfer an dem neuen Schöpfungsakt. Bei Errichtung wie Ausführung waren im Jahr 1867 beteiligt die norddeutschen Regierungen und das norddeutsche Volk: die Vereinbarung der Verfassung geschah von ihnen in der Absicht, von einem bestimmten Tage an sich gemeinsam unter das Gesetz ihres gemeinsamen Willens zu stellen. Durch die Vereinbarung verpflichteten sich zu diesem Schritte die Regierungen gegenüber dem Volke, das Volk gegenüber den Regierungen: diese beiden Verpflichtungen waren neu, erst durch die Vereinbarung entstanden. Daneben blieben die Verpflichtungen der Regierungen untereinander aus dem Bündnisvertrag vom 18. August 1866 bestehen: nur hatten auch sie durch die Verfassungsvereinbarung einen konkreten Inhalt erlangt. Die Verbündeten konnten jetzt von einander fordern an dem festgesetzten Tage zusammenzuwirken zum Lebendigwerden der vereinbarten Verfassung, oder — wie man sich meist nicht genau ausdrückt — einzutreten am 1. Juli 1867 in den Norddeutschen Bund der vereinbarten Organisation.

Bei diesem Lebendigmachen der Verfassung wirkten in gleicher Weise die Staaten mit ihren Regierungen und das norddeutsche Volk zusammen. Jeder Teil ergriff Besitz von seinen verfassungsmäßigen Rechten und Pflichten und begann in Ausführung derselben thätig zu werden zu dem Zeitpunkte, wo die Verfassung dies verlangte. Indem er dies that, erfüllte er — einerlei ob er in die

---

[34]) Es ist mindestens mißverständlich, wenn Jellinek Staatenverbindungen, S. 265. 266, von der Schöpfung nationaler Staaten sagt: „Der Akt der Staatsschöpfung ist daher hier identisch mit dem Akte der Verfassungsschöpfung." Richtig wird der Satz nur in dem Sinne Jellineks, wonach Verfassungsschöpfung identisch ist mit Herstellung der Verfassung plus Herstellung der verfassungsmäßigen Zustände.

Digitized by Google

Präsidialstellung oder den Mitbesitz der neubegründeten Staatsgewalt oder in die Unterthanenstellung eintrat — zugleich eine Verpflichtung gegen jeden andern Teil. Und so bedeutet die gemeinsame That der Regierungen und des Volkes nach der Seite der Vergangenheit gewendet die Erfüllung und somit das Ende derjenigen Rechtsverpflichtungen, die ihnen gegeneinander aus dem Vereinbarungswerke für den Gründungsakt erwachsen waren. Daß daneben auch kraft ihrer Erfüllung untergingen die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Regierungen gegeneinander aus dem Verfassungsbündnis vom 18. August 1866 und dieses selbst aufhörte zu sein, ist gewiß juristisch nicht gleichgültig, aber eine Thatsache zweiter Bedeutung.

Die richtige Erkenntnis dieses Schlußaktes als gemeinsamer That der bei Schöpfung des Norddeutschen Bundes gleich berechtigten Miturheber ist präjudiziell für die richtige Beurteilung der einzelnen ihn vorbereitenden Akte.

Von dem durch den Vertrag vom 18. August 1866 geplanten Gange des Verfassungswerkes weicht nun der wirkliche Verlauf dadurch ab, daß zweimal Faktoren zur Mitwirkung berufen werden, auf die nicht gerechnet war (s. § 5 und § 11 unten), daß andererseits die zur Vereinbarung berufenen Mächte in zwei wichtigen Punkten sich einer Unterlassung schuldig gemacht haben (s. § 9 und § 10 unten). Diese beiden Unterlassungen stehen mit jenen beiden unvorgesehenen Handlungen außer ursächlichem Zusammenhange, sie gewinnen aber auf den Inhalt der zweiten Handlung unverkennbaren Einfluß.

§ 5.

2. Der Ersatz des einen Reichswahlgesetzes vom 12. April 1849 durch 22 sonderrechtliche Wahlgesetze.

I. Es ist eine große Gunst der Geschichte gewesen, daß sie dem deutschen Verfassungswerke in dem Wahlgesetze von 1849 eine gegebene Grundlage für die Konstituierung des Volkes zum Reichstag entgegengebracht hat. Nur infolge dieses Geschenkes ist es

Digitized by Google

möglich geworden, prinzipiell allein richtig, das norddeutsche Volk als Ganzes den Regierungen als Mitträger der verfassunggebenden Gewalt gegenüberzustellen: die Amerikaner mußten sich 1787/1788 mit einer Mitwirkung der einzelnen Staatenbevölkerungen genügen lassen.

Es verstand sich von selbst: jenes Gesetz hatte als solches seine Kraft längst verloren. Doch ist dies für den Gründungsvorgang ganz gleichgültig. Des Gesetzes eminenter Wert lag vielmehr darin, daß es — entstanden in einer Zeit des großen Glaubens des Volkes an sich selbst — den Ausdruck der damaligen Rechtsüberzeugung des ganzen deutschen Volkes von den Anforderungen an eine echt volkstümliche Wahl enthielt, daß demgemäß das norddeutsche Volk, wenn die Regierungen es auf Grund jenes Gesetzes zur Wahl riefen, kaum daran denken konnte, dem Rufe den Einwand eines die Stellung und Bedeutung des Volkes verkennenden und verkümmernden Wahlvorschlages entgegenzuhalten. Selbst die Gegner direkter und allgemeiner Wahlen mußten geneigt sein für den konstituierenden Reichstag dieser Wahlart als derjenigen der relativ weitesten Anerkennung ihre Zustimmung zu erteilen. Kam es doch auf diese allgemeine Anerkennung allein an.

II. Dieses Wahlgesetz, das jedem Deutschen das Wahlrecht gab[35]), bedurfte allerdings notwendig einiger fast selbstverständlicher Abänderungen, worüber die Regierungen sich leicht verständigen konnten. An Stelle des „Deutschen" in den §§ 1 und 5 hatte der „Norddeutsche", d. i. der Angehörige eines der Staaten des Verfassungsbündnisses[36]), an Stelle der Reichsregierung, in § 16 die preußische Regierung zu treten[37]). An Stelle des § 9, 2[37]) wäre zweckmäßig

---

[35]) S. dasselbe bei Weil, Aktenstücke, S. 152 ff.

[36]) Vgl. die zutreffende Bestimmung in der Oldenburg. Verordn. betr. die Wahlen für den Reichstag des Nordd. Bundes v. 4. Dezember 1866 § 8 (bei Glaser, Archiv I Heft II S. 48), und im Coburg-Gothaischen Wahlgesetz v. 11. Dezember 1866 § 2.

[37]) Wonach die Staaten mit unter 50,000 Einwohnern mit andern Staaten zur Bildung von Wahlkreisen zusammengelegt werden sollen.

Digitized by Google

der Satz getreten, daß in jedem Staate mindestens ein Abgeordneter zu wählen sei. Darüber, daß die Soldaten unter der Fahne nicht aktiv wahlberechtigt sein sollten, also über Wegfall des § 11 Abs. 2, herrschte wohl allgemeines Einverständnis. Alles andere konnte bleiben, wenn nicht vielleicht auch über die Reduktion der im Falle der Stimmengleichheit möglichen drei Wahlgänge des § 14 auf zwei sofortige Einigung erzielt wurde. Recht nötig war eine Verständigung über die Stellung der Hessen bei der Wahl[38]).

III. Nun sollte das Parlament nicht, wie auch möglich gewesen wäre, aus sog. Vertretern der einzelnen norddeutschen Staatsvölker, sondern aus dem norddeutschen Volke als solchem bestehen. Darüber, ob sich dies Volk als Ganzes zum Parlamente konstituieren und die Wahlen zu demselben vornehmen wollte, stand allein ihm, nicht aber den Preußen oder Oldenburgern die Entscheidung zu. Es lag eben jene Wahl außerhalb der Grenzen des einzelstaatlichen Lebens. Sie konnte den Rechten der Stände nicht präjudizieren, sie bedurfte aber zu ihrer Gültigkeit u. E. keiner ständischen Genehmigung. Hätte eine Kammer ihre Mitwirkung zur Aufstellung eines Wahlgesetzes verweigert und die Regierung die Wahlen dennoch erfolgreich ausgeschrieben, so würden die Gewählten im Reichstage ganz zweifellos als legitimiert zu betrachten gewesen sein. Denn ihre Legitimation sollte allein in ihrer Mitgliedschaft zum norddeutschen Volke und ihrer Wahl nach dem Wahlgesetz vom 12. April 1849 wurzeln[39]). Hatten übrigens die Stände den Beitritt ihrer Regierung zum Verfassungsbündnis genehmigt[40]), so hatten sie sich ja mit der Ausschreibung der Wahlen auf Grund des Wahlgesetzes von 1849 einverstanden erklärt, und die Regierung konnte ohne

[38]) Reuß j. L. Ministerialbekanntmachung v. 26. Nov. 1866 (bei Glaser I Heft II S. 82) § 2 versagte ihnen aktive und passive Wahlfähigkeit, was zu weit ging.

[39]) Ich halte für ganz falsch, wenn Zorn I S. 18 behauptet, daß das Wahlgesetz als „Staatsgesetz" erst in jedem einzelnen Staate hätte verkündet werden müssen, wie denn Zorn aus dem Gesetzlichkeitsfehler gar nicht herauskommt.

[40]) S. oben S. 11 N. 18.

Digitized by Google

jedes Bedenken die Wahl durch Verordnung ausschreiben. Dazu verpflichtet dies zu thun waren vier Staaten durch die Berliner Friedensverträge mit Preußen.

IV. Diese Verordnungen konnten lediglich Ausführungsverordnungen zum Reichswahlgesetze sein[41]). Wären diese allerwärts ergangen, so würden aller Wahrscheinlichkeit nach die Wahlen überall ordnungsmäßig vollzogen sein. Glaubte aber eine Regierung — sei es aus konstitutionellen, sei es aus Opportunitäts-Rücksichten um den Wahlen die Anerkennung ihrer Bevölkerung sicherer zu verschaffen — doch den Weg des Erlasses von Wahlgesetzen betreten zu sollen, so durften auch diese das Wahlgesetz vom 12. April 1848 nicht ersetzen wollen: denn sonst stellten sie nicht nur die Ausführung des Verfassungsbündnisses, sondern auch die Legitimation der Gewählten in Frage, und mußten, wie alsbald erhellen wird, einen für Landesgesetze unmöglichen Inhalt bekommen. Sie mußten sich vielmehr unter ausdrücklicher Anerkennung des Reichswahlgesetzes als Ausführungsgesetze desselben geben. Der Erlaß solcher Ausführungsgesetze hatte, von allen Einzelnheiten abgesehen, juristisch die nicht geringe Bedeutung, daß die norddeutschen Staatsvölker vor der Wahl dieselbe als rechtsgültig anerkannten.

---

[41]) Auf diesem Standpunkte stehen 1. die Oldenburgische Verordnung v. 11. Dezember 1866, die Bezug nimmt auf die Zustimmung des Landtags zur Abkunft mit Preußen; 2. die Verordnung von Reuß ä. L. v. 1. Dez. 1866, die das Wahlgesetz von 1849 als Anlage abdrucken läßt, und ergeht „unter Verweisung darauf und im Anschlusse daran"; 3. die Ministerialbekanntmachung von Reuß j. L. v. 26. Nov. 1866, die in § 1 Bezug nimmt auf die unter Zustimmung des Landtags mit Preußen abgeschlossene Übereinkunft (s. Glaser I Heft II S. 47 ff. 76 ff. 82). — Hessen beschritt zwar auf Grund des A. 73 seiner Verfassung den Weg der Notverordnung (s. Verordnung v. 18. Dezember 1866, bei Glaser a. a. O. S. 25). Allein dieselbe giebt sich als das Reichsgesetz vertretende, nicht als es ausführende Verordnung. — Die Mecklenburgischen „Verordnungen" vom 28. Nov. 1866 tragen denselben Charakter, sind aber ergangen nach „stattgehabter Beratung mit Unseren getreuen Ständen". — Die Altenburg. „Verordnung" v. 26. Nov. 1866 erging mit „im voraus erteilter Zustimmung getreuer Landschaft". Die Anhaltische vom 29. Okt. 1866 und sicher auch das Lippe-Schaum-

Digitized by Google

Allein so weitgehende Selbstbeschränkung ward nur in einem einzigen Staate geübt[42]); alle anderen ergangenen Wahlgesetze wollen zu Unrecht an Stelle des Reichsgesetzes treten.

V. In eigentümlicher Zwangslage befand sich von allen Staaten des Bündnisses nur Preußen. Dort warf der Verfassungskonflikt noch seine tiefen Schatten über den Anfang einer neuen Zeit. Preußen hatte den Vertrag vom 18. August, wie es durchaus berechtigt war, ohne Zustimmung der Stände abgeschlossen. Es beabsichtigte auch die zustande gekommene Verfassung denselben nicht zur Genehmigung vorzulegen. Die Stände ganz umgehen zu wollen konnte das ganze Verfassungswerk in Frage stellen. Die Regierung war also politisch genötigt, entweder den Vertrag den Ständen zur Genehmigung vorzulegen — und das konnte sie in ihrer Führerrolle nicht —, oder den Wahlen zum Reichstage und damit dem ganzen Verfassungswerk die Anerkennung ihres Landtags zu verschaffen. Sie war zum Gesetzlichkeitsfehler gezwungen, aber sie hat ihn viel ausgiebiger begangen als nötig gewesen. Daß die weitaus meisten norddeutschen Staaten ihn nachmachten, geschah aber ohne jeden zwingenden politischen Grund: sie thaten das Unnötige freiwillig.

---

burgische „Wahlgesetz" v. 29. Okt. 1866 (bei Glaser a. a. O. S. 63 u. 85), welches keinen Bezug auf die Zustimmung der Stände nimmt, haben denselben Sinn. Alle diese Verordnungen außer den drei erstgenannten sind aber keine Ausführungsverordnungen.

[42]) Im Coburg-Gothaischen Wahlgesetz vom 11. Dez. 1866 (bei Glaser I Heft II S. 52 ff.) § 1: „Die Wahl erfolgt nach den Bestimmungen des Reichsgesetzes vom 12. April 1849 . . . unter folgenden Änderungen und näheren Bestimmungen." — Nur scheinbar thut das Gleiche die Einleitung zu dem Weimarischen Wahlgesetz vom 21. Nov. 1866 (bei Glaser I Heft II S. 49). Aber es knüpfte wenigstens an den Bündnisvertrag an, in dessen Ausführung es ergeht. Ähnlich die Altenburg. Verordnung v. 26. Nov. 1866 (Glaser I Heft II S. 57 ff.); die Verordnung von Bremen v. 7. Nov. 1866 (das. S. 94) und die von Lübeck vom 9. Oktober 1866 (das. S. 96 ff.). Das Lippesche Wahlgesetz v. 7. Nov. 1866 (das. S. 87) bezeichnet wenigstens im Eingange seine Bestimmungen als „jenem Reichswahlgesetze entsprechende".

Digitized by Google

Um das alte Mißtrauen nicht wieder zu hellem Brande aufflammen zu lassen, legte die Regierung — und zwar nicht durch den Grafen v. Bismarck, sondern durch den Minister des Innern, Graf zu Eulenburg — schon in der Sitzung vom 13. August 1866 „um für die Wahl (zum Parlamente) in Preußen eine gesetzmäßige Grundlage zu gewinnen" dem Hause der Abgeordneten das „Wahlgesetz zum Reichstag des Norddeutschen Bundes" vor[43]), welcher Entwurf „sich mit ganz geringen Ausnahmen dem Reichswahlgesetz vom 12. April 1849 anschließt"[44]). Dieser Entwurf will nun nicht Entwurf eines Ausführungsgesetzes zum Reichsgesetz, sondern Entwurf eines preußischen Gesetzes sein und verläßt den Standpunkt des Reichswahlgesetzes an der wichtigsten Stelle: nicht der Norddeutsche, sondern nur der Preuße soll aktive und passive Wahlfähigkeit besitzen. Der Gesetzlichkeitsfehler bringt die führende Regierung in einer Prinzipienfrage zum Schwanken. Soll das norddeutsche Volk, oder sollen die einzelnen Staatsvölkerschaften den Reichstag besenden? Im letzteren Falle erhielt das Parlament eine partikularistische Färbung, eine entfernte Ähnlichkeit mit dem stets abgelehnten Delegierten-Parlamente; jedenfalls gingen dann alle Norddeutschen, die nicht in ihrem Heimatsstaate saßen, ihres Wahlrechtes verlustig. Der eingebrachte Entwurf wurde an eine besondere Kommission von 21 Mitgliedern verwiesen[45]), in deren Namen der Abgeordnete Twesten schriftlich Bericht erstattete[46]).

Was aber dem preußischen Landtage recht war, erschien leider

---

[43]) Stenogr. Berichte über die Verhandlungen der durch Verordnung vom 28. Juli 1866 einberufenen beiden Häuser des Landtags. Haus der Abgeordneten I S. 48.

[44]) Den Entwurf des Wahlgesetzes s. Aktenstücke Nr. 10, Anlagen I S. 22, 23. Auch bei Hahn, S. 465.

[45]) Stenogr. Ber. S. 49.

[46]) Drucksachen Nr. 10. Die Verhandlungen über den Gesetzentwurf fanden statt in den Sitzungen des Abgeordnetenhauses vom 11. und 12. Septbr. 1866 (Stenogr. Ber. I S. 277—340) und in der des Herrenhauses vom 17. Septbr. 1866 (Stenogr. Ber. Herrenhaus. I S. 94 ff.) Recht interessant ist der Bericht der Kommission des Herrenhauses (Anlage Nr. 17; Stenogr. Ber. II S. 135 ff.).

Digitized by Google

den übrigen norddeutschen Regierungen ihren Landtagen gegenüber als billig, und ein partikulares Wahlgesetz nach dem andern wurde den norddeutschen Kammern unterbreitet. Durch dies Vorgehen geriet jedoch der Fortgang des Verfassungswerkes in eine zwiefache große Gefahr. Die Landtage konnten durch Stellung unerfüllbarer Bedingungen ihrer Regierung die weitere Mitarbeit am Verfassungswerke unmöglich machen; sie konnten aber auch versuchen durch Überschreitung ihrer Zuständigkeit auf die Bestimmung von dessen Gehalt und Verlauf Einfluß zu gewinnen, und diese Versuchung lag um so näher, als die Aufstellung partikularer Wahlgesetze des beabsichtigten Inhaltes ganz außerhalb der Zuständigkeit der Landesgesetzgebung lag, die Stände somit von den Regierungen förmlich über die Schranken ihrer Kompetenz weggerissen wurden.

VI. Dies zu erkennen genügt ein Blick auf das preußische Wahlgesetz — das Vorbild aller das Reichsgesetz vertretenden Wahlgesetze. Es ist dies Gesetz

1. ein Wahlgesetz nur zum Teil, in diesem Teil aber ebensowenig eine Anwendung der preußischen Staatsgewalt, als in dem andern, der die Stellung des künftigen Reichstags und seiner Glieder zu bestimmen versucht.

Es lautet § 2: „Wähler ist jeder unbescholtene Staatsbürger eines der zum Bunde zusammentretenden deutschen Staaten, welcher das 25. Lebensjahr zurückgelegt hat." § 5 bestimmt entsprechend: „Wählbar zum Abgeordneten ist jeder Wahlberechtigte, der einem zum Bunde gehörigen Staate seit mindestens drei Jahren angehört hat"[47]), und § 6 sagt in größter Allgemeinheit: „Personen, die ein

[47]) Alle übrigen Wahlgesetze enthalten die gleichen Bestimmungen. Nur die Verordnungen von Mecklenburg-Schwerin und Mecklenburg-Strelitz vom 28. November 1886 (bei Glaser, Archiv I Heft II S. 30 u. 40) § 2 u. 5 weichen erheblich ab. Denn an Stelle des Staatsbürgers eines der zum Bunde zusammentretenden deutschen Staaten ist der „Mecklenburger" getreten. Und zwar war die Meinung, daß in Schwerin nur ein Mecklenburg-Schweriner, in Strelitz nur ein Strelitzer wählen und gewählt werden könne. S. Wiggers im konstituirenden Reichstag, Sitzung v. 4. März 1867 (Stenogr. Ber. I S. 54). Im Waldeck'schen Wahlgesetz v. 5. Dezember 1866 (bei

Digitized by Google

öffentliches Amt bekleiden, bedürfen zum Eintritt in den Reichstag keines Urlaubes".

Man kann billig bezweifeln, ob Wahlrechte zu einem das norddeutsche Volk als solches darstellenden Reichstage, zu einem Organe, welches in keine einzelne Staatsorganisation hineingehörte, vielmehr ganz abseiten derselben stand, überhaupt durch Landesgesetz geschaffen werden konnten. Allein gar kein Zweifel ist möglich, daß ein preußisches Landesgesetz den Nichtpreußen Norddeutschlands das Recht zum norddeutschen Reichstag zu wählen und gewählt zu werden nicht einräumen und ebensowenig, wie in § 3 und 4, absprechen konnte[48]). Woher hätte Preußen, woher insbesondere die preußische Kammer d. h. das preußische Volk solche Legitimation schöpfen können?

Wenn aber in Preußen ein oldenburgischer Beamter gewählt wurde, war ein preußisches Gesetz in der Lage ihm zum Eintritt in den Reichstag den Urlaub zu erteilen?

Diese stellvertretenden Wahlgesetze sind also insoweit auch nur erklärbar, wenn sie auf dem Hintergrund des Reichswahlgesetzes gesehen werden. Sie sind Ausführungsgesetze wider Willen. Sie können das Gesetz vom 12. April 1849 gar nicht ersetzen ohne es im Sinne des Partikularismus umzuändern, was sie nicht wollen. Das von ihnen jedenfalls nicht im Umfang ihres Wortlautes zu begründende Wahlrecht erkennen sie nur für die in den einzelnen norddeutschen Landen zu vollziehenden Wahlen an.

2. Allein diese Gesetze wollen mehr sein als nur Wahlgesetze. Sie wollen auch die Rechte des Reichstages und seiner Mitglieder regeln; ja, sie versuchen die Aufgabe des Reichstages zu fälschen[49]).

a. Es berührt seltsam, wenn das preußische Wahlgesetz § 16

Glaser I Heft VI S. 89) § 2 ist Wähler „jeder unbescholtene Staatsbürger", aber die ausdehnende Auslegung wird durch § 6 gefordert.

[48]) Daraus erklärt sich die Fassung des Entwurfes, die aber ihrerseits den Grundgedanken des Reichswahlgesetzes verleugnet. S. S. 25.

[49]) Darüber handelt § 6 unten.

Digitized by Google

bestimmt: „Der Reichstag prüft die Vollmachten seiner Mitglieder und entscheidet über deren Zulassung. Er regelt seine Geschäftsordnung und Disciplin“ [50]). Diese überdem nach Lage der Dinge ganz selbstverständliche angebliche Rechtsbestimmung ist einfach nichtig, soweit sie den Reichstag unmittelbar berechtigen will. Sie hat ihre rechtliche Bedeutung allein darin, den loyalen König von Preußen zur Anerkennung der bezeichneten Machtvollkommenheiten des Reichstags zu verpflichten, falls der Reichstag sie beansprucht [51]).

b. Etwas anders steht es mit dem Privileg der Unverantwortlichkeit, das § 17 den Reichstagsabgeordneten erteilt. Der Paragraph dankt der Kommission des Hauses seine Entstehung. Auch er gehört zweifellos, um mit dem Grafen v. Bismarck zu sprechen, „nicht in das Wahlgesetz, sondern in die Verfassung, resp. in die Geschäftsordnung des Parlamentes“ [52]). In der Allgemeinheit seines Wortlautes ist er auch nicht preußisches Recht geworden. Aber die rechtliche Unverantwortlichkeit sämtlicher Reichstagsabgeordneten gegenüber dem preußischen Staate und seinen Behörden hat er allerdings etabliert. In demselben Maße, als diese Bestimmung Aufnahme in weiteren Wahlgesetzen fand, erweiterte sich das Rechtsgebiet dieser Unverantwortlichkeit [53]).

Ein Rückblick auf diese Wahlgesetze zeigt, daß die Landesgesetz-

---

[50]) Die Regierungsvorlage enthielt den Paragraphen nicht. In der Sitzung des Abgeordnetenhauses vom 12. September 1866 (Stenogr. Bericht I S. 316) warnt der Ministerpräsident v. Bismarck davor, „noch tiefer in den .. falschen Weg hineinzugeraten, den einzelne Amendements schon betreten haben: daß wir hier bei Gelegenheit der Beratung des Wahlgesetzes bereits die deutsche Reichsverfassung in dem preußischen Abgeordnetenhause fertig machen sollten“.

[51]) Vgl. die Äußerung v. Bismarcks über den § 17 in derselben Sitzung (Stenogr. Ber. I S. 338).

[52]) Die Äußerung fiel in derselben Sitzung (Stenogr. Ber. I S. 338).

[53]) Die §§ 16 u. 17 des preußischen Wahlgesetzes finden sich analog im Kgr. Sachsen, in Hessen, Coburg-Gotha, Meiningen, Braunschweig, Anhalt, beiden Schwarzburg, Schaumburg-Lippe. In Hamburg fehlt § 16, steht § 17, freilich etwas modifiziert. Beide §§ fehlen in beiden Mecklenburg, Oldenburg, Weimar, Altenburg, beiden Reuß, Lippe, Waldeck, Bremen und Lübeck.

Digitized by Google

gebung die Grenzen ihrer Zuständigkeit in den seltensten Fällen gewahrt, und daß insbesondere das preußische Abgeordnetenhaus die widerstrebende preußische Regierung auf diesem Wege vorwärtsgedrängt hat.

§ 6.

3. Die angebliche Umwandlung in der Rechtsstellung des Reichstags.

Die größte That dieser sich überhebenden Wahlgesetze ist aber ihr Attentat wider die in Aussicht genommene Rechtsstellung des einzuberufenden Reichstages. Als sein einziger Urheber muß der preußische Landtag betrachtet werden: keiner sonst hätte ohne das preußische Vorbild diesen Wandel gefordert; eine Anzahl von Kammern hat die an sie herantretende Versuchung ihn zu heischen abgelehnt; andere haben den Anspruch der preußischen Kammer mißbilligt, aber dennoch geglaubt, ihren Gleichwert mit dem Landtage des größten Staates durch Erhebung des gleichen Begehrens wahren zu müssen[54]).

Dadurch nun, daß sowohl in den Landtagen als im konstituierenden Reichstage zwei ganz verschiedene Fragen als identisch behandelt wurden, hat sich über die Tragweite dieser That Unklarheit gebreitet.

Es handelt sich zunächst um die Rechtsstellung des Reichstages, dann aber um das Maß rechtsbrechender Kraft des zwischen diesem und den Regierungen vereinbarten Verfassungswerkes: das sind zwei ganz verschiedene Dinge!

I. Die Rechtsstellung des Reichstages war seine Stellung bei dem zu versuchenden Verfassungswerke. Dieser Versuch sollte gemacht werden zwischen den norddeutschen Regierungen und dem Reichstag allein. Niemand war in der Lage, wider den Willen eines von beiden die Rolle des Mitspielers beim Vereinbarungswerke zu usurpieren. Es hat sie auch niemand usurpiert, nicht einmal der preußische Landtag.

---

[54]) So z. B. die Kgl. Sächsische Kammer. S. oben S. 16.

Digitized by Google

Kein Landesgesetz besaß die Autorität, das Verhältnis dieser beiden Faktoren zu einander zu bestimmen. Das zwischen diesen zu begründende Rechtsverhältnis war keines, das durch Ausübung partikulärer Staatsgewalt ihrem Volke gegenüber entstehen konnte: es konnte deshalb auch nicht der Regelung durch diese Staatsgewalt unterliegen. Es lag vollständig extra legem. Es konnte seine Regelung nur erhalten durch den übereinstimmenden Willen der Regierungen wie des Reichstages selbst.

Nun hatten sich im Verfassungsbündnisse die sämtlichen norddeutschen Regierungen einander völkerrechtlich verpflichtet, dem zu berufenden Reichstage ihrerseits die Stellung des ebenbürtigen Miturhebers der Verfassung einzuräumen.

Trat der Reichstag zusammen, blieben die Regierungen bei ihrem Vorsatz, nahm der Reichstag die ihm zugedachte Stellung an, so konnte ihn keine Macht der Erde aus einem vereinbarenden in einen beratenden Reichstag verwandeln, mochten auch alle Wahlen auf Grund von Wahlgesetzen nach dem Muster des preußischen ergangen sein.

II. Von dieser Regelung des Verhältnisses zwischen Reichstag und Regierungen ganz unabhängig steht das Maß rechtsverbindlicher, insbesondere rechtsbrechender Kraft des gelungenen Verfassungswerkes. Handelt es sich dort um die Machtstellung des Reichstags zu den Regierungen, so handelt es sich hier um die Machtstellung der Regierungen und des Reichstages gegenüber den Inhabern widersprechender Rechte. Nach Absicht der Regierungen sollte die zwischen ihnen und dem Parlamente vereinbarte Verfassung die Autorität zwingend gemeinen norddeutschen Rechtes vom Zeitpunkte ihres Abschlusses an erhalten. Dieser weit gehende Anspruch konnte ein Gesetz nicht zum Grunde haben; seinen rechtlichen Erfolg vermochte er nur dadurch zu gewinnen, daß er entweder auf keine vorhandenen Rechte stieß, die wegzuräumen er ja zweifellos ohnmächtig war — die Verfassung wurde dann Grundgesetz des neuen Staates kraft Anerkennung derselben durch alle diejenigen, deren Rechtsbeziehungen sie regeln sollte —, oder aber dadurch, daß die Inhaber

Digitized by Google

derjenigen Rechte, welche durch die neue Verfassung beseitigt oder geändert werden sollten, die überlegene Kraft der neuen Verfassung anerkannten und auf ihre Rechte zu Gunsten des neuen Werkes verzichteten.

Nun stand ja von Anbeginn fest, daß die neue Verfassung, da sie einen Bundesstaat über allen norddeutschen Gemeinwesen schaffen wollte, in starke Kollision mit den zu Recht bestehenden Landesverfassungen geraten mußte. Hätten die Regierungen geglaubt, die vereinbarte neue Verfassung vermöchte aus ihrer Kraft heraus das ihr widersprechende Landesrecht zu brechen — was anzunehmen kein Grund vorliegt —, so hätten sie geirrt.

Sie nahmen aber offenbar an, dem Werke erwachse die ihm nötige Autorität dadurch, daß angesichts der Einmütigkeit aller Inhaber der norddeutschen Staatengewalten mit der Vertretung des ganzen norddeutschen Volks die verfassunggebende Gewalt dieser verbundenen Potenzen von dessen Teilvertretungen anerkannt werden würde, und daß letztere durch stillschweigende oder ausdrückliche Billigung des in Aussicht genommenen Aktes der Verfassungs- und Staatengründung auf ihr zweifellos bestehendes Recht zur Mitwirkung behufs der nötigen Abänderung der Landesverfassung großherzig verzichten würden.

Sie rechneten, daß die Anerkennung der zwingend gemeinrechtlichen Natur der Verfassung seitens der Landstände *vor* Abschluß des Verfassungswerkes, und mindestens in der Form der konkludenten Unterlassung des Widerspruchs geschehen würde.

Traf diese Rechnung zu, dann war eine Verfassung absolut gemeinen Rechtens am 17. April 1867 fertig und trat vielleicht am 1. Mai in Kraft, ohne daß irgend ein Landtag noch hätte gefragt werden müssen oder noch hätte protestieren können.

Wer dies leugnet und auf die Bestimmung der Landesverfassungen hinweist, wonach die Verfassungsänderung notwendig die Form des konstitutionellen Gesetzes annehmen muß, der verkennt vollständig neben der Unmöglichkeit, einen neuen Bundesstaat nach Landesverfassungsrecht zu begründen, die Bedeutung der Willens-

Digitized by Google

erklärung durch konkludente Handlung auf dem Boden des öffentlichen Rechts[55]). Unzählige Male sind Akte, denen von Rechtswegen eine bestimmte Form hätte zukommen sollen, trotz des Mangels dieser Form mittels Anerkennung derjenigen, die allein das Recht auf Wahrung dieser Form besaßen, in die Rechtskraft erwachsen. Heute besteht das Recht der kaiserlichen Initiative im Bundesrat zweifellos, obgleich die Verfassung kein Wort davon weiß. Es wäre interessant die Präklusivfristen zu untersuchen, welche vielfach der Ausübung des Widerspruchsrechts durch den Verlauf der Dinge selbst gesteckt sind. Hier endete sie nach meiner Überzeugung zu Ungunsten der Kammern der Einzelstaaten mit dem Abschluß der Verfassung[56]).

Es verdient die Hervorhebung, daß eine ganze Anzahl deutscher Kammern die Möglichkeit, auf dem durch das Verfassungsbündnis vorgesehenen Wege eine Verfassung zu gründen mit der Kraft das widersprechende Landesstaatsrecht zu brechen, anerkannt haben, und daß alle Staaten, in welchen die Verfassung später publiziert wurde, ihre eigenen Landesverfassungen nicht streng nach Maßgabe derselben geändert haben. Von diesen Grundgesetzen soll jedes Wort in der Form des geschriebenen Rechtes feststehen. Der ganze formelle Bestand einer Verfassung aber gerät ins Wanken, wenn sie in Bausch und Bogen für soweit abgeändert erklärt wird, als sie mit einem andern umfassenden Verfassungswerk in Widerspruch steht[57]).

---

[55]) Wenn Brie, Theorie der Staatenverbindungen S. 132 N. 2 (dem Laband I S. 37 N. 1 sich offenbar anschließt) bemerkt: „Eine formlose und insbesondere eine nur durch konkludente Handlungen sich bekundende Gesetzgebung giebt es nicht", so ist darin richtig, daß ein ungesetztes Gesetz ein Unding ist. Daß aber die Bildung der wichtigsten Rechtssätze mittels Erklärung des Rechtswillens durch konkludente Handlungen geschehen kann, daß es auch ungesetztes Staatsrecht im konstitutionellen Staatsrecht giebt, ist unleugbar.

[56]) S. das oben über die sächsische Kammer Gesagte S. 16.

[57]) Dies Argument haben die Gegner der Verfassungsannahme in der preußischen Kammer sehr wohl zu benutzen verstanden. S. unten S. 56.

Digitized by Google

Wie allbekannt, ist es das preußische Abgeordnetenhaus gewesen, welches zuerst Widerspruch erhob nicht gegen die Gründung des Verfassungswerkes überhaupt, nicht gegen die beabsichtigte Regelung des Verhältnisses von Regierungen und Reichstag bei demselben, sondern gegen die ipso jure stattfindende Rückwirkung der vereinbarten Verfassung auf das preußische Recht.

Der von Twesten erstattete Kommissionsbericht vom 4. September 1866 führte aus: „Darüber war in der Kommission keine Meinungsverschiedenheit, daß die preußische Verfassung und Gesetzgebung in keinem Falle anders als auf dem Wege der preußischen Verfassungsurkunde, also unter Zustimmung beider Häuser des Landtags, abgeändert werden kann“ [58]). „Eine (der des Art. 118 der Verfassung) ähnliche vorgängige Genehmigung ließe sich vielleicht denken, wenn bestimmte Grundzüge der Bundesverfassung und der Stellung des Reichstags innerhalb derselben feststänben; aber derartige Vorlagen sind weder gemacht noch in Aussicht gestellt.“ „Wenn es hiernach notwendig ist, daß die Bundesverfassung, insofern sie Änderungen der preußischen Verfassung und Gesetzgebung involviert, erst dem preußischen Landtage zur Annahme und Genehmigung vorgelegt werden muß, so erhält der Reichstag allerdings zunächst nur eine beratende Stellung . . . Es wird kein Gutachten von Notabeln sein, aber die Verfassung, welche aus den Beschlüssen des Parlamentes hervorgeht, wird dem Landtage zur Annahme oder Ablehnung im ganzen vorgelegt werden müssen [59]). Und wenn das Parlament, wie zu hoffen, die Autorität übt, die allein einen Erfolg in Aussicht stellt, so wird die Autorität seiner

[58]) Ausdrücklich gebilligt von Seydel, Komm. S. 3. 4.

[59]) Vgl. die entsprechende Äußerung von Twesten in der Sitzung vom 11. September (Stenogr. Ber. I S. 303) und seine längere Ausführung in der Sitzung vom 12. September 1866 (das. S. 321 ff.). Ferner dessen Äußerungen in der Sitzung des Landtags vom 6. Mai 1867 (Stenogr. Ber. S. 24). — Demgemäß beantragte die Kommission, entgegen dem Regierungsentwurf, in den § 1 des Wahlgesetzes die Aufgabe des zu berufenden Reichstages aufzunehmen. Derselbe sollte lauten: „Zur Beratung der Verfassung und der Einrichtungen des Norddeutschen Bundes soll ein Reichstag gewählt werden“.

Digitized by Google

mit den Regierungen . . . vereinbarten (sic!) Beschlüsse auch groß genug sein, um überall deren unbedingte Annahme zu sichern."

Die Verhandlungen der 2. Kammer über diesen Bericht und über das Wahlgesetz fanden am 11. und 12. September statt[60]).

Mit geradezu bewunderungswürdiger Mäßigung und Weisheit trat der Ministerpräsident v. Bismarck dem Kommissionsantrag entgegen, und acceptierte er schließlich die durch denselben so völlig und so unliebsam verschobene Sachlage[61]). v. Bethusy-Huc beantragte, in § 1 hinter: „Zur Beratung" einzuschieben „und Vereinbarung"[62]). Der Minister-Präsident sprach sich ohne alle Hoffnung auf Erfolg für die Annahme des Amendements aus[63]); dasselbe wurde abgelehnt. Anderweite Gründe für Annahme des Kommissionsantrags als die des Twestenschen Berichtes wurden nicht vorgebracht. Derselbe fand Annahme und damit bewies das Haus, daß ihm das Verständnis für die juristische Bedeutung der geplanten Verfassungs-Vereinbarung abging[64]). Das Gesetz ist mit dem § 1 des Kommissions-Entwurfs zur Sanktion gelangt.

Es hat in dieser Satzung eine große Anzahl von Nachfolgern, die Beschränkung des Parlamentes aber auf die „Beratung" der Verfassung keine weitere Begründung gefunden[65]).

---

[60]) S. oben N. 46.

[61]) S. bes. v. Bismarcks Reden am 12. Sept. 1866 (Stenogr. Ber. I S. 307. 308. 320. 321): „Die Königliche Regierung hat dieser Änderung an dem Geiste der Vorlage nicht widersprechen wollen, weil sie befürchtete, durch ihren Widerspruch dasjenige, wie ich behaupten darf, unbegründete Mißtrauen neu zu nähren, welches die Quelle dieses Art. 1 gewesen ist."

[62]) Stenogr. Ber. I S. 316.

[63]) Das. S. 320.

[64]) Wie wenig richtig man würdigte, worauf es ankam, dafür ist die Äußerung des Abgeordneten Dr. John (das. S. 317) charakteristisch: „M. H.! Lassen wir das „vereinbaren" fort. Man hat in den Jahren 1848—50 so viel zu „vereinbaren" versucht, und aus allen diesen Vereinbarungen ist so gar nichts herausgekommen, daß ich es nur für ein ungünstiges Omen ansehen würde, wenn man den Gesichtspunkt der „Vereinbarung" gleich wieder an die Spitze dieses neuen Unternehmens stellen wollte." — Recht bemerkenswert sind auch die absolutistischen Ausführungen v. Gerlachs (Stenogr. Ber. I S. 298 ff.).

[65]) Nur die „Beratung der Verfassung und der Einrichtungen des Norddeutschen Bundes" weisen dem Parlamente zu: Sachsen,

Digitized by Google

Die genaue Analyse dieser Gründe zeigt, wie die preußische Kammer und das preußische Gesetz etwas ganz anderes wollen und können, als sie sagen.

Juristisch unanfechtbar ist *nicht* der Grund der Kammer, es könne die preußische Verfassung *nur* durch ein preußisches Landesgesetz abgeändert werden, die Kammer *müsse* sich deshalb die Entscheidung bis nach Abschluß des Verfassungswerks reservieren; aber rechtlich ganz unanfechtbar ist ihr politisch sehr anfechtbarer Wille, dies zu thun. Ihr Recht brauchte nicht vor dem Geltungsanspruch der neuen Verfassung zu weichen.

In demselben Augenblicke aber, wo die Kommission aus diesem Rechte der Kammern auf nachträgliche Vorlage der Verfassung an den preußischen Landtag zwecks Annahme und Genehmigung folgerte, es erhalte der Reichstag dadurch „zunächst nur eine *beratende* Stellung", beging sie einen kaum begreiflichen logischen Fehler, und indem das Gesetz diese Folgerung aufnahm, machte es eine berichtigende Auslegung nötig, wenn man es nicht insoweit für nichtig erklären sollte.

Da der Reichstag nur zu den Regierungen, aber gar nicht zu den Landtagen in Rechtsbeziehung stand, so hätte ein Versuch, seine Stellung aus einer vereinbarenden in eine beratende umzuwandeln, wenn gelungen, nur den Erfolg haben können, die Rolle des *Beschlusses* über die Verfassung den Regierungen allein zuzuweisen.

Hessen, beide *Mecklenburg* (in etwas abweichender Fassung), *Oldenburg*, *Coburg-Gotha*, *Meiningen*, beide *Schwarzburg*, *Schaumburg-Lippe*. — Zur *Vereinbarung der Verfassung* berufen den Reichstag: *Hamburg* und *Bremen* (implicite), *Lübeck* (ausdrücklich). — Zur *Mitwirkung* bei *Feststellung der Verfassung und der Einrichtungen des Bundes*: *Weimar*; ganz ähnlich *Braunschweig* und auch *Lippe*, das nur von *definitiver* Feststellung der Verfassung unter Mitwirkung des Parlamentes spricht. — Die Aufgabe des Reichstags wird gar nicht bezeichnet in *Altenburg*, *Anhalt*, beiden *Reuß*, *Waldeck*. — Interessant ist die Rückwirkung des preußischen Beschlusses auf die mecklenburgischen Stände. S. den Auszug aus deren Kommissionsbericht vom 29. September 1866 (im Staatsarchiv XI Nr. 2420 S. 361).

Digitized by Google

Davon aber, daß der Reichstag von diesen nur hätte um Rat gefragt, ihnen nur ein Gutachten abgeben sollen, welches die Regierungen je nach Gutdünken berücksichtigen konnten oder nicht, und daß letztere die Verfassung allein hätten feststellen und vielleicht gar mit verbindlicher Kraft publizieren können, wollte in Norddeutschland niemand, am wenigsten der preußische Landtag, etwas wissen.

Ohne Zustimmung des Reichstages zu jedem Worte des Verfassungstextes keine Verfassung! Ganz richtig erkannte die Kammer, daß sie nur über Annahme oder Ablehnung des ganzen Werkes befragt werden konnte, d. h. daß sie einem abgeschlossenen Werke gegenüberstand, an dessen Einzelheiten niemand mehr rütteln konnte[66]).

Da aber bei dieser Feststellung der Verfassung auch nach dem Willen der preußischen Kammer Regierungen und Reichstag den gleichen Anteil haben sollten, so bedeutete der beratende Reichstag auch bloß die Verfassung beratenden Regierungen.

Dann kam lediglich ein Verfassungsentwurf zustande und die Erhebung desselben zum Gesetz war dann nur den Einzelstaaten möglich. Aber freilich — eine Reichsverfassung durch Landesgesetz begründen ist noch schwerer als die Quadratur des Zirkels. Dann mußte jener Entwurf den einzelnen Landständen wie jeder andere Gesetzentwurf vorgelegt werden, jede Kammer konnte amendieren, die sächsische beschloß', Preußen solle nur zwölf Stimmen im Bundesrate haben, die oldenburgische stellte neben den Reichstag ein Oberhaus, alle Legislaturen würgten an dem Bissen, der für sie alle zu groß war: das Verfassungswerk war verloren.

Das widersprach dem Willen der preußischen Kammer, wenn auch offenbar nicht den Wünschen einzelner Mitglieder. Sie wollte nichts als Ablehnung des ihr angesonnenen Verzichtes auf ausdrückliches Votum bei Entscheidung der Frage, ob die gegründete Verfassung ins Leben treten sollte. Allein sie erklärte ihren Willen in ganz falscher Formulierung. Statt zu verneinen die rechtsbrechende

---

[66]) Dieser Erkenntnis wurde freilich später in Preußen nicht nachgehandelt. S. unten § 12.

Digitized by Google

Kraft des vereinbarten Werkes — wozu sie durchaus legitimiert war —, verneinte sie die vereinbarende Stellung des Reichstages, was ganz außer ihrer Zuständigkeit lag, und welche Verneinung sie schlechterdings nicht zum erstrebten Ziele führen konnte.

Soll also dieser Passus der Wahlgesetze nicht einfach als nichtig angesehen werden, weil die Landesgesetzgebungen die Stellung des Reichstages überhaupt nicht und am wenigsten in voneinander abweichender Weise bestimmen konnten[67]), so bleibt nichts übrig, als in ihm die Verneinung der in Aussicht genommenen Rechtskraft der vereinbarten Verfassung zu erblicken.

Es hatten dann die verschiedenen Wahlgesetze einen zwiespältigen Rechtszustand geschaffen. Die streng auf der Basis des Verfassungsbündnisses beharrten, gaben Zeugnis für den Vollzug des den Landständen angesonnenen Verzichts, die anderen aber verkündeten dessen Ablehnung.

Somit wäre korrekt gewesen, die Bundesverfassung nur den Kammern der letzten Staatengruppe zur Anerkennung vorzulegen. Allein auch hier treibt wieder der Gesetzlichkeitsfehler sein Wesen: es unterblieb dies einzig und allein in Braunschweig.

§ 7.

4. Die Verfassungsvereinbarung.

I. Das Vereinbarungswerk besteht allein aus der Beratung und Beschlußfassung des Reichstages über den ihm vorgelegten Verfassungsentwurf und aus der Beschlußfassung der Regierungen über den Reichstags-Entwurf. Der Erlaß der Wahlgesetze, die Ausschreibung der Wahlen vor vollständiger Fertigstellung des Verfassungsentwurfes, die Vornahme derselben im ganzen Bundesgebiete am 12. Februar 1867, die Einberufung des Reichstages im Namen der verbündeten Regierungen durch Verordnung König Wilhelms

---

[67]) Andere Landesgesetze erkennen ja seine vereinbarende und mitwirkende Stellung an. S. oben S. 34 N. 65.

Digitized by Google

von Preußen vom 13. Februar 1867 auf Sonntag den 26. Februar 1867 nach Berlin bildeten die eine Reihe der notwendigen Vorbereitungshandlungen: sozusagen die Schöpfung der Gegenpartei beim Vereinbarungswerk. Die andere Reihe bezielte die Schöpfung des Objekts der Vereinbarung: des dem Reichstage vorzulegenden Verfassungsentwurfes.

II. Behufs Verwirklichung des Art. 5 des Bündnisvertrages lud bekanntlich die preußische Regierung durch Einladungsschreiben vom 21. November 1866 alle verbündeten Staaten ein, Bevollmächtigte zum 15. Dezember 1866 nach Berlin zu senden. Dieselben traten zusammen, und Graf von Bismarck legte ihnen am 15. Dezember 1866 „den Entwurf einer Verfassung des Bundes" vor, welchen die Königliche Regierung den verbündeten Staaten zur Annahme empfahl[68]).

„Daß derselbe den einzelnen Regierungen wesentliche Beschränkungen ihrer partikularen Unabhängigkeit zum Nutzen der Gesamtheit zumutet", bezeichnete der preußische Minister-Präsident als selbstverständlich. Die königliche Regierung zweifelte nicht, „daß der einmütige Wille der verbündeten Fürsten und freien Städte, getragen von dem Verlangen des deutschen Volkes, seine Sicherheit, seine Wohlfahrt, seine Machtstellung unter den europäischen Nationen durch gemeinsame Institutionen dauernd verbürgt zu sehen, alle entgegenstehenden Hindernisse überwinden werde". Preußen ließ darüber, daß der Entwurf zustande kommen müsse, thatsächlich keinen Zweifel.

III. Über das trotzdem schwierige Vereinigungswerk sind wir leider ungenügend unterrichtet. Vertrauliche Beratungen wurden gepflogen und drei offizielle Sitzungen gehalten: am 18. und 28. Januar und am 7. Februar 1867[69]). Einstimmig ward in der

---

[68]) S. eine Kollation desselben mit der Vorlage an den konstituierenden Reichstag bei Haenel, Studien I S. 270 ff. Die Eröffnungsrede v. Bismarcks s. in den Anlagen zu den Verhandlungen des Reichstags, Aktenstück Nr. 10, S. 18 u. 19, auch bei Hahn S. 481—482.

[69]) Die drei Protokolle darüber samt Anlagen und das wichtige Schluß-

Digitized by Google

Sitzung vom 18. Januar der preußische Antrag angenommen, die Rechte, die der Verfassungsentwurf in A. 14 und 25 dem Präsidium und dem Bundesrat gegenüber dem Reichstag gewähre, ad hoc der Krone Preußen zu übertragen und sie zu ermächtigen, den Verfassungsentwurf seinerzeit dem Reichstage vorzulegen und ihm gegenüber zu vertreten[70]). Für die Sitzung vom 28. Januar hatten die preußischen Bevollmächtigten (v. Bismarck und v. Savigny) „sich der Aufgabe unterzogen, aus den von den übrigen Bevollmächtigten formulierten zahlreichen Amendements diejenigen auszuwählen und zu bearbeiten, welche die Mehrheit der geäußerten Wünsche befriedigen dürften, ohne den Prinzipien des Entwurfes entgegenzulaufen." Fernere Änderungen in betreff der festgestellten Abschnitte lehnte Preußen ab. Die Bevollmächtigten erkannten diese Abschnitte als vorläufig festgestellt an.

In der Sitzung vom 7. Februar verständigte man sich einmütig dahin, daß der Entwurf der im Bündnisvertrage und in den verschiedenen Friedensverträgen vorgesehenen Bundesverfassung „nunmehr unter den Hohen verbündeten Regierungen festgestellt ist und in solcher Gestalt dem am 24. d. M. zusammentretenden Reichstage vorgelegt werden soll". Die Ratifikationen dieser Erklärung sollen spätestens bis zum 17. d. M. zu den Akten der Konferenz eingesendet werden.

Auf den Inhalt der Verhandlungen ist hier nicht einzugehen, doch ist Folgendes bemerkenswert:

1. Die Versammlung bezeichnet sich ständig als „Konferenz zur Beratung und Feststellung der Verfassung des Norddeutschen Bundes".

2. Dieselbe wahrt konstant den Grundsatz der Einstimmigkeit.

3. Es gelingt derselben nicht, wie schon anderweit betont ist[71]) und wie aus dem Schlußprotokoll mit voller Klarheit erhellt, Einmütigkeit bis zu dem Grade herbeizuführen, um den Entwurf zur

protokoll vom 7. Februar sind abgedruckt in den zitierten Anlagen, S. 17—36. Die Protokolle auch bei Hahn, S. 486—496.

[70]) S. darüber oben S. 17.

[71]) Besonders von Haenel, Studien I S. 70. 71.

Digitized by Google

Grundlage eines internationalen Vertrags zwischen den norddeutschen Regierungen zu machen. Eine ganze Anzahl von Voraussetzungen der erteilten Zustimmung, von Vorbehalten, von Bedenken blieb gänzlich unerledigt. Doch waren sie, wie der preußische Bevollmächtigte zum Schluß hervorhob, nicht dazu angethan und „noch weniger dazu bestimmt", das Einverständnis sämtlicher Bevollmächtigten darüber abzuschwächen, daß der jetzt definitiv festgestellte Entwurf „namens der Gesamtheit der in der Konferenz vertretenen Regierungen durch die Krone Preußen dem Reichstage vorgelegt werde", und so werde die preußische Regierung denselben vorlegen.

4. Diese einmütige Zustimmung zur Vorlage verpflichtete die Regierungen zur unbedingten Annahme der Verfassung, falls der Reichstag den Entwurf nicht amendierte.

Da aber alle Regierungen im Verfassungsbündnis und den Friedensverträgen das Prinzip der Vereinbarung anerkannt hatten, so waren sie durch die Zustimmung zur Vorlage untereinander und dem Reichstage verpflichtet, dessen Änderungen anzunehmen, soweit ihnen dies staatsrechtlich und politisch möglich erschien.

5. Der Verfassungsentwurf selbst enthielt ein überflüssiges, dazu widerspruchsvolles Proömium, das gerade deshalb zu reichen Mißverständnissen Anlaß gegeben hat[72]). Dieser „Entwurf", der, wenn ich so sagen darf, Gesetz nur durch die Zustimmung des norddeutschen Volkes werden konnte, erwähnt in seiner Einleitung diese zweite Quelle seiner Rechtsnatur gar nicht. Demnach erscheint der Norddeutsche Bund lediglich als eine That der norddeutschen Regierungen resp. Staaten. Sie gründen ihn, indem sie unter sich einen ewigen Bund schließen; sie bestimmen, daß er der Norddeutsche

---

[72]) „Se. Majestät der König von Preußen, Se. Majestät der König von Sachsen u. s. w. schließen einen ewigen Bund zum Schutze des Bundesgebietes und des innerhalb desselben gültigen Rechts, sowie zur Pflege der Wohlfahrt des deutschen Volkes. Dieser Bund wird den Namen des Norddeutschen führen und wird nachstehende Verfassung haben." Dieser Eingang bildet fast die einzige Grundlage der beiden Theorieen, wonach entweder der Norddeutsche Bund durch Vertrag entstanden oder sogar dauernd ein Staatenbund geblieben ist.

Digitized by Google

heißen und folgende Verfassung haben wird. Allein ihr Thun widerlegt ihre Aussage.

Noch viel auffallender als diese falsche Einleitung ist freilich der Umstand, daß der konstituierende Reichstag — von seinem Mitgliede Landgerichtspräsident Scherer aufgefordert, dieselbe richtig zu stellen — den Antrag Scherer abgelehnt und auf die falschesten Gründe hin die falsche Vorlage unverändert angenommen hat[73]). Der etwas schwerfällige Antrag ging dahin, hinter „nachstehende" folgende Worte einzufügen: „in Übereinstimmung mit der zum ersten norddeutschen Reichstage berufenen Gesamtvertretung des norddeutschen Volkes festgestellte"[74]).

Der Antragsteller führte aus[75]): „Es könnten ohne seinen Zusatz Zweifel bleiben, ob diese Verfassung von den 22 norddeutschen Regierungen einfach verliehen wird oder ob sie das Werk der Vereinbarung ist." Er halte es des Hauses würdig, daß es sich die ihm gebührende Stelle vindiziere. Was erwiderte Twesten? Die Notiz der Vereinbarung sei überflüssig, und es gebe zwar ein deutsches, aber kein norddeutsches Volk[76])! Man sieht, auch ein echter Patriot, der zugleich scharfer Kopf ist, kann den Bann partikularistischer Anschauungen nicht immer zur rechten Zeit brechen. Der Antrag Scherer ward abgelehnt[77]) und der Reichstag nahm die Einleitung an, die ihn dissimuliert!

Daß die Verfassung dennoch etwas ganz anderes bedeutet als die Urkunde über einen völkerrechtlichen Vertrag der norddeutschen Staaten, zeigt sich gerade darin, daß selbst diese Einleitung Gesetzestext geworden ist nur durch die Zustimmung des norddeutschen Volkes, daß ferner ein Staatenvertrag, der seine Gültigkeit nur erlangt durch die Zustimmung eines Volkes, was noch nicht Staatsvolk ist, undenkbar

---

[73]) S. d. Sitzung v. 10. April 1867 (Sten. Ber. S. 690 ff.).

[74]) Aktenstücke N. 107 (S. 78).

[75]) Stenogr. Ber. S. 690.

[76]) S. das. S. 691—692. Der Pole Kantak hatte diesen Grund unmittelbar vorher gegen Scherer ins Feld geführt.

[77]) Das. S. 693.

Digitized by Google

erscheint, daß endlich ein Staatsvertrag ein untaugliches Mittel zur Schöpfung eines konstitutionellen Bundesstaates darstellt.

§ 8.

5. Der vereinbarende Reichstag insbesondere.

War es zwar nicht für das Verhältnis der Einzellandtage zur festgestellten Verfassung, wohl aber für die Stellung des Reichstages ganz gleichgültig, welche Aufgabe die Wahlgesetze dem Reichstag zuwiesen[78]), so kann nicht das Gleiche behauptet werden von dem Einberufungsschreiben des Reichstages im Namen der verbündeten Regierungen durch König Wilhelm. In dieser Verordnung vom 13. Februar 1867 heißt es: „Nachdem Wir mit den verbündeten Regierungen der norddeutschen Staaten übereingekommen sind, zur Beratung der Verfassung und der Einrichtungen des Norddeutschen Bundes, Vertreter der Nation (sic!) zu einem Reichstage zu versammeln." Die Aufgabe des Reichstages konnte nur von den Regierungen in Gemeinschaft mit ihm selbst festgestellt werden und die Einberufung giebt ihm scheinbar nur das bescheidene votum consultativum. Der Reichstag hat dagegen nicht protestiert, wie denn unverkennbar, dank dem Drucke des preußischen Abgeordnetenhauses, das dem ersten norddeutschen Parlamente geziemende stolze Selbstgefühl nicht zur vollen Entwicklung gekommen ist. Dabei ist nicht zu vergessen, daß die Wortführer des Abgeordnetenhauses zugleich einflußreiche Mitglieder des Reichstages waren. Sie konnten nun nichts anderes als das Gefühl der Resignation im Reichstage wach zu halten.

Die Verhandlungen zeigen erfreulicherweise, daß sich der Reichstag mit prinzipiellen Erörterungen über seine Stellung wenig beschäftigt hat. Doch ist es beachtenswert, daß wo Äußerungen über seine bescheidene Aufgabe fallen, nirgends ein kräftiger Protest er-

---

[78]) Er brauchte bei der Prüfung der Legitimation seiner Mitglieder darauf keine Rücksicht zu nehmen und hat es auch nicht gethan.

Digitized by Google

tönt. Dr. Braun (Wiesbaden) äußerte in der Sitzung vom 11. Mai 1867[79]: „Freilich haben wir keine formelle Autorität, wir sind keine konstituierende Versammlung, wir können nicht oktroyieren, wir können kaum paktieren, wir können nur Rat erteilen; aber was uns an der formellen Autorität entgeht, das gewinnen wir bei der Lage der Dinge doppelt an Gewicht." Selbst v. Vincke, der im Abgeordnetenhause gegen das „beratend" gestimmt hatte, erkennt in der Sitzung vom 13. Mai 1867 an[80]: „Was noch speziell hier unsere Versammlung anbetrifft, so hat man ihr mehrfach den Charakter einer nur beratenden beigelegt. Das ist sie auch, m. H., und ich denke, sie fährt ganz wohl dabei"[81].

Das Schicksal des Schererschen Antrags, dessen Begründung zugleich richtig und scharf betonte, wie die Befragung der Einzellandtage nur noch eine formelle Bedeutung haben könnte und wie es späterhin bei Verkündung der Verfassung heißen müßte: „daß die Verfassung festgestellt ist in Übereinstimmung der Regierungen und des Reichstags und genehmigt demnächst von den einzelnen Landesvertretungen"[82], ist oben erwähnt worden.

Der Einzige, der mit einem gewaltigen Rucke die ganze Kluft zwischen Reichstag und Landtagen aufriß, ist das Mitglied des Reichstages gewesen, das zugleich der leitende Staatsmann in Preußen war[83]. Seine Rede in der Sitzung vom 11. Mai 1867 gegen die neue Spezies der Sondersucht, gegen den parlamentarischen Partikularismus der Landtage, — geradezu erhaben durch überlegene Auffassung der Lage und zugleich durch Gewalt wie Adel der Leidenschaft — ließ den Gedanken und Gefühlen freien Lauf, die im preußischen Abgeordnetenhause durch die Festigkeit eines eisernen Willens gewaltsam zurückgedämmt waren. Der Minister-

[79]) Stenogr. Ber. I S. 128.

[80]) Stenogr. Ber. I S. 182.

[81]) Der Abgeordnete fügt freilich zu: „Wenn wir, wie der Herr Minister-Präsident bemerkte, ein Werk überhaupt zu stande bringen, so wird keine Versammlung in Deutschland uns ihr Veto entgegenzusetzen wagen."

[82]) Stenogr. Ber. I S. 690, 691.

[83]) S. Stenogr. Ber. I S. 135 ff.

Digitized by Google

präsident stellte die Kabinetsfrage. Den „scherzhaften Seitenhieb", er werde sich schon zu helfen wissen, auch wenn hier nichts zustande komme, parierte der Redner mit den vernichtenden Worten: „M. H., ob ich mir in diesem Falle zu helfen wüßte, das will ich hier unerörtert lassen, ich würde mir aber nicht helfen. Ich habe meinem Könige und Lande noch nie den Dienst versagt; in einem solchen Falle aber würde ich ihn versagen und würde denjenigen, die das Chaos herbeigeführt haben, auch überlassen, den Weg aus dem Labyrinthe wieder herauszufinden" . . . . . „Ich habe, als hier vorgestern dasselbe Recht („das Produkt unserer Arbeiten in den und den Fällen zu verwerfen oder zu genehmigen") für den preußischen Landtag in Anspruch genommen wurde, in der ganzen Versammlung keinen Ausruf des Erstaunens gehört, außer dem, den ich in meinem Inneren unterdrückte. Ich glaube . . . diejenigen, die dieses Wort aussprechen, unterschätzen denn doch den Ernst der Situation, in der wir uns befinden. Glauben Sie wirklich, daß die großartige Bewegung, die im vorigen Jahre die Völker vom Belt bis an die Meere Siciliens, vom Rhein bis an den Pruth und den Dnjestr zum Kampfe führte, zu dem eisernen Würfelspiel, in dem um Königs- und Kaiserkronen gespielt wurde, — daß die Millionen deutscher Krieger, die gegeneinander gekämpft und geblutet haben auf den Schlachtfeldern vom Rhein bis zu den Karpathen . . . . mit einer Landtagsresolution ad acta geschrieben werden können, dann stehen Sie wirklich nicht auf der Höhe der Situation." „Ich wende mich gerne von diesen phantastischen Unmöglichkeiten in das reale Gebiet zurück."

Die Rechtsstellung des Reichstages konnte aber selbst durch diese gewaltigen Worte nicht, sondern nur durch die Thatsachen bestimmt werden. Diese lassen aber gar keinen Zweifel übrig.

1. Für die Auffassung der verbündeten Regierungen entscheidend ist die Thronrede vom 24. Februar 1867. Nachdem der König die „Schwere der Aufgabe" betont, trotz der Gunst der Lage „eine volle Übereinstimmung" zwischen so vielen unabhängigen Regierungen zu erzielen, welche bei ihren Zugeständnissen

Digitized by Google

obenein die Stimmungen ihrer Landstände zu beachten haben, fährt die Rede fort: „Je mehr Sie . . . sich diese Schwierigkeiten vergegenwärtigen, um so vorsichtiger werden Sie . . . bei Prüfung des Verfassungsentwurfes die schwerwiegende Verantwortung für die Gefahren im Auge behalten, welche für die friedliche und gesetzmäßige Durchführung des begonnenen Werkes entstehen könnte, wenn das für die jetzige Vorlage hergestellte Einverständnis der Regierungen für die vom Reichstage begehrten Änderungen nicht wieder gewonnen würde." Dann ist also eine gesetzmäßige Aufrichtung der Verfassung nicht mehr möglich, das Werk ist gescheitert, die Regierungen können nicht an dem abgelehnten Entwurfe vorbei, der Reichstag ist also ein die Verfassung vereinbarender.

Diesen Standpunkt haben die Regierungen während der ganzen Session festgehalten [84]). In ihrer Sitzung vom 16. April 1867 nahmen sie den Entwurf des Reichstages nicht zur Kenntnis, sondern sie stimmten über Annahme oder Ablehnung desselben en bloc ab [85]). In seiner feierlichen Schlußrede vom 17. April 1867 bezeichnet König Wilhelm das Verfassungswerk für aufgerichtet. „Die Volksvertretungen der einzelnen Staaten werden dem, was Sie in Gemeinschaft mit den Regierungen geschaffen haben, ihre verfassungsmäßige Anerkennung nicht versagen [86])."

2. Der Reichstag aber, so bescheiden er auch über sich dachte, trat ganz in die Aufgabe ein, wie sie ihm die Regierungen gestellt hatten. Seine Bedenken betreffen stets nur sein Verhältnis zu den Einzellandtagen, nicht zu den verbündeten Regierungen. Diesen das votum decisivum, sich nur das votum consultativum zuzuschreiben kommt ihm nicht in den Sinn. Es

[84]) S. bes. die Erklärung des Präsidenten der Bundes-Kommissarien v. Bismarck in der Sitzung vom 15. April 1867 (Stenogr. Ber. I S. 695. 696). v. Bismarck berichtet, daß die verbündeten Regierungen in gegen 40 Punkten die Anträge des Reichstags anzunehmen bereit seien, wenn es gelingt, „eine Verständigung zu erzielen" über die Sicherstellung der Heereseinrichtungen und die Diätenfrage.

[85]) S. das Protokoll in den Aktenstücken des Reichstags Nr. 126 (S. 91).

[86]) Stenogr. Ber. I S. 733. 734.

Digitized by Google

spricht sich das mit großer Klarheit auch darin aus, daß der Reichstag die Geschäftsordnung des preußischen Abgeordnetenhauses zu der seinen machte und den § 69 dahin abänderte: „Nach erfolgter Beschlußnahme werden die Gesetzes-Vorlagen dem Bundes-Präsidium eingereicht[87])."

Auch der so interessante Inhalt der Verhandlungen des konstituierenden Reichstags liegt außer dem Bereich dieser Ausführungen. Wichtig für sie ist nur die Thatsache, daß in der Sitzung am 16. April 1867 der Verfassungsentwurf, wie er aus den Beschlüssen des Reichstages hervorgegangen war, bei der Abstimmung über das Ganze mit 230 gegen 53 Stimmen angenommen wurde[88]).

An demselben Tage beschlossen die Regierungskommissarien einstimmig: „den Verfassungs-Entwurf, wie er aus der Schlußberathung des Reichstags hervorgegangen ist, anzunehmen", und ersuchten den Vorsitzenden, „davon den Reichstag in Kenntnis zu setzen mit dem Hinzufügen, daß die Regierungen die Bundesverfassung in dieser Gestalt nach Maßgabe der in den einzelnen Ländern bestehenden Verfassungen zur gesetzlichen Geltung bringen würden[89])."

Diesen Beschluß verkündete v. Bismarck am 17. April dem Reichstage, und damit war die Vereinbarung vollendet, die Verfassung geschaffen[90]).

---

[87]) Stenogr. Ber. I S. 5.

[88]) Stenogr. Ber. I S. 729.

[89]) S. das Protokoll in den Stenogr. Berichten über die Sitzung vom 17. April 1867 S. 731.

[90]) Diese Vereinbarung wird nicht nur als solche anerkannt im Publikandum v. 26. Juli 1867, sondern auch in den meisten Publikationspatenten zur Norddeutschen Bundesverfassung, seltsamer Weise auch denen solcher Staaten, die dem Reichstag nur beratende Stellung zugestehen wollten. So in Preußen, Lauenburg, Hessen, beiden Mecklenburg, Weimar, Coburg-Gotha, Meiningen, Altenburg, Braunschweig, Anhalt, Schwarzburg-Sondershausen, Reuß Ä. L., Schaumburg-Lippe, Waldeck, Hamburg, Lübeck.

Digitized by Google

§ 9.

6. Die Lücke der Vereinbarung bezüglich des dies a quo[91]).

Nach Art. 6 des Vertrages vom 18. August 1866 sollte das Bündnis bis zum Abschluß des neuen Bundesverhältnisses, eventuell auf ein Jahr dauern. Es liegt die Annahme nah, daß der Vertrag das Ende der Vereinbarung als Abschluß des neuen Bundesverhältnisses betrachtete, also das sofortige Inkrafttreten der vereinbarten Verfassung in Aussicht nahm. Zwischen dem 18. August aber und der Vorlage des Verfassungsentwurfs an den Reichstag hatte sich die Notwendigkeit ergeben, die vereinbarte Verfassung nochmals den einzelnen Landtagen zu unterbreiten. Umsoweniger hätte die Vereinbarung zwischen den Regierungen und dem Reichstag über den Tag unterlassen werden dürfen, an welchem sie ihrerseits gewillt waren durch Eintritt in den Bund die Verfassung ins Leben treten zu lassen. Galt es doch den Landtagen nicht um eines Haares Breite mehr zu thun übrig zu lassen, als sie nach strengem Rechte verlangen konnten. War bis zum bezeichneten Tage dem einen oder andern Staate durch Schuld der Regierung oder des Landtags der Beitritt noch nicht möglich, so hinderte das nicht, daß der Bund zu leben begann.

Nun enthielt aber weder der Verfassungsentwurf der Regierungen einen Vorschlag über den Tag des Inkrafttretens, noch wurde ein solcher Antrag im Reichstage gestellt[92]). Demgemäß enthielt die Vereinbarung eine empfindliche Lücke: Rechtsverbindlichkeiten waren von beiden Seiten eingegangen ohne Bestimmung der Leistungszeit.

Da der Reichstag die Aufnahme des dies a quo in die Ver-

---

[91]) Über die beiden Unterlassungen der verfassunggebenden Gewalt (s. außer § 9 den § 10 unten) gleitet die Litteratur schweigend weg.

[92]) Der Art. 2 a. E. mußte natürlich auf die Verfassung unanwendbar erscheinen, selbst wenn sie ordnungsgemäß veröffentlicht worden wäre.

Digitized by Google

fassung nicht verlangt und mit dem 17. April sein Ende erreicht hatte, ist anzunehmen, daß er der Gesamtheit der Regierungen als seinem einzigen Gegenpart bei der Vereinbarung die Bestimmung dieses Tages und die Art der Verkündung ihres Willens überlassen hat.

Diese Erklärung der sämtlichen norddeutschen Regierungen bildete die notwendige Ergänzung des Vereinbarungswerkes, war von ihnen mit gesamtem Munde abzugeben, da keine für sich einseitig den Tag des Beginnes des Nordbundes festsetzen konnte, und zu dieser Gesamterklärung, die erging im Namen der Vereinbarenden, die deshalb eine verpflichtende Kraft für das norddeutsche Volk als Ganzes besitzen mußte, verbot sich die Anerkennung eines Mitbestimmungsrechtes der einzelnen Landtage von selbst.

Allein die Ansprüche der Landtage haben das juristische Rechnungswerk der Regierungen überhaupt stark in Verwirrung gebracht, und so wurde diese Erklärung der Regierungen überhaupt nicht mit gesamtem Munde, sondern höchst befremdlich von ihnen einzeln abgegeben, und zwar in der rechtlich ungehörigen Form des Landgesetzes statt in der — man gestatte den nicht ganz richtigen Ausdruck — einer Verordnung der verfassunggebenden Gewalt.

§ 10.

7. Die Unterlassung der Verfassungsverkündigung.

Die Verfassung vom 17. April 1867 als Willensvereinbarung zwischen den Regierungen und dem Volke sowohl über das, was sie gemeinsam bei der Verwandlung des geschriebenen Wortes in lebendige Wirklichkeit zu thun hätten, als auch über die dauernde Ausgestaltung des großen Rechtsverhältnisses zwischen Centralstaat, Gliedstaaten und deutschen Reichsbürgern bedurfte notwendig zunächst

1. der feierlichen Beurkundung, auf daß an keinem Worte von keiner Seite gerüttelt werden könne. Die gegebenen, ja

Digitized by Google

die einzig denkbaren Aussteller dieser Urkunde waren die an der Vereinbarung beteiligten Persönlichkeiten: denn es handelte sich ja um ihre dispositive Willenserklärung. Es hatten demgemäß die als vereinbart zu bezeichnende Verfassung zu unterschreiben die sämtlichen Mitglieder der Konferenz der Regierungsbevollmächtigten einerseits und mindestens das Präsidium und das gesamte Büreau des Reichstages andererseits.

2. Diese Urkunde bedurfte der Publikation. Denn noch stand ja aus die feierliche Erklärung des verfassunggebenden Willens seitens der verfassunggebenden Gewalt in authentischer Form gegenüber den Staaten und dem ganzen Volke Norddeutschlands in der Heimat wie in der Diaspora. Die Annahme der Verfassung durch den Reichstag geschah zunächst zu Gehör der Bevollmächtigten-Konferenz, die Annahme der Reichstagsverfassung durch einstimmigen Beschluß dieser Konferenz zu Gehör des Reichstags. Nun handelte es sich um die Erklärung des Gesamtwillens mit gesamtem Munde nach außen. Sie mußte geschehen vor dem Inslebentreten des neuen Staates: denn sie war dessen Grundgesetz, er ihre Verwirklichung. Sie konnte nicht geschehen durch ihn: denn die Verfassung war nicht sein Wille, sondern der Wille seiner Schöpfer.

Wie die Vereinbarung, wie die Beurkundung, so konnte auch die Publikation in der antezipierten Nummer 1 des Gesetzblattes des Norddeutschen Bundes prinzipiell nur erfolgen durch gemeinsame That der Regierungsbevollmächtigten und des Parlaments, wenn nicht der Reichstag sie ausdrücklich oder stillschweigend den Regierungen, oder beide Teile — was vielleicht das würdigste war — sie gemeinsam dem Könige von Preußen überließen. Die Publikation hätte dann vom Könige ohne Gegenzeichnung erfolgen müssen: denn noch gab es keinen Minister des Norddeutschen Bundes.

Es ist aber weder das eine noch das andere noch das dritte geschehen. Insbesondere hat der konstituierende Reichstag mit keinem Worte des Publikationsaktes gedacht. Da niemand außer den Vereinbarenden als solchen das Recht besaß feierlich deren Willen zu

Digitized by Google

erklären und diese es unterlassen haben, so ist eine offizielle Publikation der Verfassung bis auf den heutigen Tag nicht erfolgt und jetzt ist sie rechtlich unmöglich geworden. Wen Formfehler schrecken, der kann daraus furchtbare Folgerungen ziehen. Der Schein der Publikation ist von den Staaten wie von dem norddeutschen Volk für diese selbst genommen worden, er hat — kein seltener Fall! — dafür erfolgreich vikariiert. Durch allseitige Anerkennung der nicht publizierten Verfassung wurde der Mangel der Publikation geheilt.

Dieser Scheinpublikationen[93]) liegen aber 24 ganz verschiedene vor: 23 in der Form der Landesgesetze[94]), eine nach Art der Bundesgesetze. Erstere sind erfolgt zwischen dem 21. und 27. Juni 1867[95]), also vor dem Inkrafttreten der Verfassung, die letztere datirt vom 26. Juli 1867 und ist ausgegeben am 2. August 1867 in Nr. 1 des Gesetzblattes des Norddeutschen Bundes.

a. Zu Gunsten der ersteren ließe sich vielleicht so argumentieren. Indem der Reichstag die Frage der Beurkundung wie der Publikation gar nicht aufwarf, überließ er beide Akte den Regierungen. Da diese sich über eine gemeinsame Beurkundung und Publikation nicht verständigten, fiel diese Aufgabe den einzelnen Regierungen zu, die Bedürfnis zur Publikation empfanden. Allein dies wäre kein Grund, sondern eine Schilderung des Sachverlaufes.

Die Publikation der Bundesverfassung hatte zu geschehen in einem Akte für ganz Norddeutschland und sie konnte geschehen nur im Namen und Auftrag der Urheber der vereinbarten Verfassung. Ein solcher Auftrag ist nicht erfolgt, die Erklärung dispositiver

---

[93]) Ich wahre mich vor dem Mißverständnisse, als behaupte ich, die Publikationen der Reichsverfassung in Gestalt der Landesgesetze hätten juristisch gar keine Bedeutung. Ich behaupte nur, sie seien keine Publikationen der Reichsverfassung. S. unten § 12.

[94]) S. dieselben bei Glaser, Archiv des Norddeutschen Bundes I Heft IV S 117—124. Die Zahl 23 erklärt sich dadurch, daß für das mit Preußen nur in Personal-Union stehende Lauenburg eine besondere Publikation erfolgte.

[95]) Nicht ganz genau. Nur die Daten der Publikationspatente fallen auf diese Tage.

Digitized by Google

Willensakte durch negotiorum gestio in solchen Verhältnissen schlechterdings unmöglich[96]). Von den 23 Publikationspatenten nimmt kein einziges Bezug auf einen Auftrag der vereinbarenden Faktoren, keines wagt ernstlich die Verfassung für ganz Norddeutschland zu publizieren, und indem sie Bezug nehmen auf die Zustimmung ihrer Landtage und auf diese die Publikation stützen, bezeichnen sie dieselbe ganz klar als feierliche Verkündung eines Aktes der partikularen Staatsgewalt, mit anderen Worten als das Gegenteil der Verkündung des Willens der für Norddeutschland verfassunggebenden Gewalt.

b. Das Publikandum vom 26. Juli 1867 aber im Bundesgesetzblatt des Norddeutschen Bundes Nr. 1 hat trotz des Eingangs: „Wir Wilhelm . . . thun kund und fügen hiermit im Namen des Norddeutschen Bundes zu wissen" gar nicht die Absicht einer offiziellen Publikation der Verfassung als solcher. In dem durch den ganzen Text der Verfassung gespaltenen Satz, dessen erste Hälfte auf S. 1 und dessen letzte auf S. 23 steht, berichtet das Publikandum erzählend, es sei die Verfassung, nachdem sie von den norddeutschen Regierungen „mit dem zu diesem Zwecke berufenen Reichstage vereinbart worden", im ganzen Umfange des norddeutschen Bundesgebietes unter dem 25. Juni d. J. verkündet worden — eine Mitteilung, die nicht einmal ganz wahr ist,[97]) — und habe am 1. Juli die Gesetzeskraft erlangt. Es berührt dann seltsam, daß jene Publikation und diese Thatsache nochmals „hiermit zur öffentlichen Kenntnis" gebracht werden. Der wahre Grund der Publikation ist aber in dem ersten Absatz auf S. 23 enthalten. Der König übernimmt darin „die Uns durch die Verfassung des Norddeutschen Bundes übertragenen Rechte, Befugnisse und Pflichten

---

[96]) Es ist ganz richtig, wenn Seydel, Komm. S. 6 bemerkt: Ist das Bundesgesetz etwas anderes als Landesgesetz der einzelnen Staaten, „so kann die Verkündigung durch die Einzelstaatsgewalten kein Bundesgrundgesetz ins Leben rufen, sondern nur eine Verkündigung durch die Bundesstaatsgewalt kann dies bewirken". Nur seine Folgerung ist unrichtig.

[97]) S. oben S. 50.

Digitized by Google

für Uns und Unsere Nachfolger in der Krone Preußen". Dieser Akt mußte allerdings prinzipiell Bezug nehmen auf die offizielle Publikation der Bundesverfassung, und eine solche fehlte empfindlicherweise im Bundesgesetzblatt. So wurde deren Text wenigstens zur Kenntnisnahme mitgeteilt.

Aber der Norddeutsche Bund, in dessen Namen der König spricht, konnte nicht feierlich den Willen erklären, der ihn geschaffen hatte, am wenigsten unter Gegenzeichnung des Bundeskanzlers, den ja der König erst selbst wieder auf Grund der schon in Geltung getretenen Bundesverfassung ernannt hatte [98]). Daß der Norddeutsche Bund sich gesetzgeberisch zu der norddeutschen Bundesverfassung als zu seinem Grundgesetz bekannt hätte, wäre nicht undenkbar, aber doch sinnlos gewesen. Denn diese Anerkennung hätte nur unter Mitwirkung von Bundesrat und Reichstag geschehen können, und jede Thätigkeit beider Körperschaften auf Grund der Verfassung vom 17. April 1867 bedeutete ja deren thatsächliche und rechtliche Anerkennung. Da nun das Publikandum vom

---

[98]) Es hat damals die Frage der Kontrasignatur überhaupt Zweifel erregt. Eine Kontrasignatur der offiziell publizierten Bundesverfassung war undenkbar, selbst wenn diese Publikation von Regierungen und Reichstag dem König Wilhelm allein übertragen gewesen wäre. Am 1. Juli 1867 hätte man das Erscheinen von Nr. 2 des Norddeutschen BGBl. zu erwarten gehabt und darin zwei Erlasse: Die Erklärung Seiner Majestät, daß er die Präsidialrechte nach Maßgabe der Bundesverfassung übernehme und in Ausübung derselben den Grafen Bismarck zum Bundeskanzler bestelle. Für diesen ersten Akt der Bundesstaatsgewalt, für welche es keine preußischen Minister gab, war eine Kontrasignatur rechtlich undenkbar. Der zweite Erlaß mußte die Gründung des Norddeutschen Bundesgesetzblatts mit der Maßgabe verfügen, die offizielle Publikation der Bundesverfassung habe als Nr. 1 zu gelten. Und dieser Erlaß bedurfte nach BV. A. 17 der Gegenzeichnung des Bundeskanzlers. Statt dessen erschien Nr. 1 des Gesetzblattes erst am 2. August. Unter dem 26. Juli erklärt darin König Wilhelm, unter Gegenzeichnung des Kanzlers, die Annahme der Präsidialrechte, in deren Ausübung erst der Kanzler ernannt werden konnte. Unterm 14. Juli, also schon 12 Tage früher, ernannte der König den Kanzler unter Gegenzeichnung von v. Mühler und dem Grafen zur Lippe. Eine fortgesetzte generatio aequivoca! (Vgl. Laband I S. 26 gegen Haenel I S. 77.)

Digitized by Google

26. Juli 1867 sich als solches Anerkennungsgesetz nicht geben kann — denn weder Reichstag noch Bundesrat sind darüber gehört —, da der Norddeutsche Bund die ihn schaffende Verfassung nicht feierlich zu verkünden vermochte, da König Wilhelm auch nicht als Einer ihrer Miturheber von den sie Vereinbarenden einen Verkündungsauftrag erhalten hatte, so hat von diesem ganzen Publikandum lediglich der Passus bezüglich der Übernahme der Präsidialrechte rechtliche Bedeutung[99]).

§ 11.

8. Die Rechtslage nach der Verfassungsvereinbarung.

Die durch die Vereinbarung und deren Unvollständigkeit geschaffene Rechtslage war folgende:

I. Mit dem 17. April 1867 waren die Bestimmungen des Bündnisses vom 18. August 1866 über die Verfassungsvereinbarung erfüllt und der Vertrag insoweit wegfällig geworden. Kein norddeutscher Staat war verpflichtet zu einem neuen oder einer Fortsetzung des alten Vereinbarungswerkes die Hand zu bieten. Die Verfassung war das letzte Wort wie des Reichstags so der Regierungen. Dieses Wort war ein unwiderrufliches: denn der Mund, der es gesprochen, existierte nicht mehr. Die das Werk zusammen errichtet, hatten einander gegenseitig gelobt, es im ganzen wie einzelnen als

[99]) Die Publikation v. 26. Juli hat nach Westerkamp, Über die Reichsverfassung, S. 17 „ihr weder Geltung gegeben, noch ihre schon bestehende Geltung verstärkt"; sie war nach Laband I S. 30 „kein Gesetzgebungsakt". Die Ausführungen Haenels I S. 77, „wonach der organisierte Bund die Bundesverfassung zum obersten Bundesgesetz" erheben mußte und dies durch das Publikandum vom 26. Juli gethan habe, wonach ferner erst mit diesem Tage der Bündnisvertrag v. 18. August 1866 seine endgültige Erfüllung gefunden, lassen sich nicht halten. Auch Haenel verfällt hier dem Gesetzlichkeitsfehler, nur will er die Bundesverfassung nicht in die Form des Landes-, sondern in die des Bundes-Gesetzes umgießen. Aber Haenel empfindet deutlicher als die übrigen Publizisten den Mangel einer offiziellen Verkündigung, wenn er diesen vielleicht auch nicht als solchen erkennt.

Digitized by Google

unabänderlich nicht nur selbst zu betrachten, sondern als solches gegen jeden Angriff dritter zu behaupten und es ohne jede Modifikation zur Durchführung zu bringen, soweit sie nicht ehehafte Not daran hinderte. In demselben Augenblick, wo eine norddeutsche Regierung sich aus dem Ringe löste und einer Infragestellung auch nur des kleinsten Satzes zustimmte, handelte sie gegen feierlich übernommene Verpflichtung.

Schließt die Regierung einen Staatsvertrag ab, der zur Rechtskraft nach Landesrecht der Zustimmung der Kammern bedarf, so übernimmt sie gleichfalls die Pflicht der bona fides das ihr Mögliche zu thun um deren Zustimmung zu erhalten. Aber die fremde Regierung weiß, daß jeder Vertragsartikel von den Landständen beanstandet werden kann, und die inländische Regierung kann sich nicht dafür verbürgen, daß dies unterbleibt.

Viel gebundener war die einzigartige, mit andern Rechtsgebundenheiten gar nicht vergleichbare Rechtslage aller Teilnehmer am Verfassungswerke. Ihnen allen — Regierungen wie Volk — war rechtlich unmöglich auch nur um eines Buchstabens Breite sich von der Verfassung zu entfernen oder dritten eine solche Entfernung zu gestatten oder auch nur zuzusehen, wie sie geschah. Sie hatten sie ganz, wie sie war, zur Durchführung zu bringen sich fest verpflichtet.

Wer dem gegenüber die Verfassung als „Entwurf" bezeichnet, sie vielleicht gar nur als Entwurf eines Landesgesetzes betrachtet, übersieht Rechtsverschiedenheiten fundamentaler Art[100]).

Ja mit dem 17. April 1867 war sie als ohne weiteres durchführbares Grundgesetz des Norddeutschen Bundes von allen Staaten

[100]) Aus den Verhandlungen zwischen Senat und Bürgerschaft in Bremen, Jahrgang 1867, ersehe ich, daß der Senat unter dem 3. Mai 1867 der Bürgerschaft die Verfassung als einen „Vertragsentwurf" vorlegt, und daß die Bürgerschaft unterm 8. Mai denselben genehmigt und damit die darin aufgestellte Bundesverfassung als rechtsverbindlich für Bremen anerkennt. S. 203, 219. — In der Sitzung des Oldenburg. Landtags v. 23. Mai 1867 wird beschlossen, daß die Annahme der norddeutschen Bundesverfassung den Charakter eines Staatsvertrages habe, und daß deshalb die einmalige Genehmigung des Landtags genüge.

Digitized by Google

anzuerkennen, deren Stände das definitive Vereinbarungswerk den Regierungen und dem Reichstage überlassen hatten.

II. Die Verfassung beanspruchte, wenn sie überhaupt in Kraft trat, mit der in Art. 2 den Reichsgesetzen zugesprochenen Macht zwingend gemeinen Rechts in Kraft zu treten, also ipso jure Bresche zu legen nicht nur in die Organisationen der bestehenden Landesstaatsgewalten, sondern in diese selbst, soweit die Verfassung zu ihrer Geltung dieses freigelegten Raumes bedurfte. Die durch sie bewirkte Veränderung des Landesverfassungsrechtes war deshalb so einschneidend, weil sie einen Teil dieser Landesgewalt selbst beseitigte, damit auch tief in die Rechte der Stände eingriff, weil sie aber auch noch weiter dem Rest der Landesstaatsgewalt auf allen Gebieten, die zur Zuständigkeit des Bundes gehörten, ihre bisherige Souveränität nahm und sie der Centralgewalt unterstellte, weil sie ferner die Inhaber der Landesstaatsgewalt und ihre Staaten zu Mitinhabern der Bundesgewalt zu machen beabsichtigte, und weil keine Landesgewalt diese Änderung mehr rückgängig machen konnte.

Nun war die Ohnmacht der Einzelstaaten in vier Punkten ebenso bedeutsam wie unwidersprechlich.

1. Keine Gewalt kann bestimmen, daß eine höhere als sie selbst in Kraft treten solle. Kein Staat, auch Preußen nicht, vermochte durch Staatsgesetz die norddeutsche Bundesverfassung überhaupt oder auch nur für sein Gebiet in Kraft zu setzen: denn die Verfassung wollte im ganzen herrschen, kannte keine Teilherrschaft, und Preußen vermochte nichts über den Norddeutschen Bund als Ganzes[101]).

2. Keine Staatsgewalt kann deshalb durch Gesetz erklären, daß sie von einem bestimmten Tage an Staatsgewalt zweiter Ordnung sei, weil dies voraussetzt, daß von diesem Tage an die Gewalt erster Ordnung ins Leben tritt.

3. Keine Landesgewalt war imstande in einem Landesgesetz die Verfassungsänderungen zu formulieren, deren es bedurfte um

---

[101]) S. oben S. 10.

Digitized by Google

der Verfassung des Bundes Raum zu schaffen. Sie hätte zu diesem Behufe eine authentische Auslegung über die Tragweite der Bundesverfassung zu geben versuchen müssen, und dieselbe wäre mit dem 1. Juli 1867 laut Art. 2 der Verfassung hinfällig geworden[102]).

4. Ja selbst keine Landesgewalt war imstande durch Landesgesetz Besitz von den ihr zugedachten Reichsregentschaftsrechten zu ergreifen. Denn diese erwuchsen ihr durch Inkrafttreten der Verfassung, und darüber hatte sie keine Macht.

Somit ist evident: die notwendigen Landesverfassungsänderungen konnten von Landesrechts wegen nicht zur Durchführung gelangen. Sie konnten sich nur als ipso jure eintretende Wirkungen des Inkrafttretens der Bundesverfassung vollziehen[103]).

Jeder andere Versuch zum Ziele zu kommen mußte fehlschlagen, insbesondere der Versuch, um mit Twesten zu reden[104]), die Bundesverfassung durch Verkündung in der Form der Landesgesetze zum „integrierenden Teil des Verfassungsrechtes" des einzelnen Landes zu machen[105]). Denn ganz abgesehen davon, daß die Bundesverfassung ihrem Inhalte nach den Rahmen jedes Landesgesetzes sprengt, daß die Satzungen über Bundesgebiet, den Bundesrat, den Reichstag, die Marine die Prätention des angeblichen Landesgesetzes einfach verhöhnen, war dies deshalb unmöglich, weil

---

[102]) Diese Unmöglichkeit ist erst später beim Inkrafttreten des Norddeutschen Strafgesetzbuches klar erkannt worden. Alle Versuche der partikulären Einführungsgesetze positiv zu bestimmen, was vom Landesstrafrecht neben dem gemeinen Rechte weiter gelten konnte, geschahen zu Unrecht und ohne Erfolg. S. bes. Heinze, das Verhältnis des Reichsstrafrechts zu dem Landesstrafrecht. Leipzig 1871. In den Verhandlungen des preußischen Abgeordnetenhauses über die vorgelegte Verfassung täuschte man sich darüber: s. bes. Virchow (Sitzung vom 1. Mai 1867, Stenogr. Ber. S. 14); ja selbst Twesten hält es für korrekter, jene Detailrevision der preußischen Verfassung vorzunehmen, nur erklärt er dies für etwas Formelles und bekämpft es wegen der großen Schwierigkeiten (s. Sten. Ber. S. 13. 27. 28).

[103]) Dies dürfte Haenel, Studien I S. 76 nicht genügend gewürdigt haben.

[104]) Abgeordnetenhaus, Sitzung v. 6. Mai 1867 (Stenogr. Ber. S. 27. 28).

[105]) Nach Schulze, Deutsches Staatsrecht I S. 165, ist sie dies aber geworden. S. dagegen Laband I S. 25.

Digitized by Google

der Staat, der eine Verfassung als Landesverfassung aufgenommen hat, sie auch wieder muß abschaffen, jedenfalls auch authentisch muß auslegen können, und weil die Reichsverfassung das eine gerade so unmöglich macht wie das andere.

III. Somit hing alles davon ab für das Inkrafttreten der Verfassung, durch Beseitigung der Hindernisse derselben die Möglichkeit zu schaffen. Wären nun

1. die norddeutschen Staaten alle absolute Monarchien gewesen, so wäre die Einführung der Verfassung auf keine zu achtenden Rechte gestoßen und die Regierungen hätten einfach den dies a quo bestimmt. Das Gleiche war möglich bezüglich der konstitutionellen Staaten, deren Kammern von Anfang an auf das Recht der Genehmigung nach Feststellung der Verfassung verzichtet hatten[106]).

2. Diese norddeutschen Staaten aber waren beschränkte Monarchien und Republiken. Ihre Fürsten hatten sich fest zum Eintritt in den Norddeutschen Bund verpflichtet, also bereit erklärt Teile ihrer Staatsgewalt zu opfern, dagegen Teilhaber der Reichsgewalt zu werden. Das einzige Hindernis des Inkrafttretens der Verfassung bildeten also die ständischen Rechte. Ebensowenig wie die Stände fähig waren die zum Inkrafttreten der Reichsverfassung nötige Verfassungsänderung vorzunehmen, ebensowenig konnte sich diese Änderung ohne ihre Zustimmung vollziehen. Es war also gar nichts anderes möglich, als daß die Regierungen, ihre feste Gebundenheit erklärend, die Genehmigung ihrer Kammern einholten, aber nicht zum Abschluß der Verfassung — denn diese war fertig —, auch nicht allein zum Eintritt der einzelnen Regierung in den

[106]) In dieser glücklichen Lage befand sich jedenfalls Braunschweig. Das Patent v. 25. Juni 1867 lautet: „Nachdem die Verfassung vereinbart worden ist und die Zustimmung der Landesversammlung des Herzogtums im voraus bereits erhalten hat, verkünden Wir nachstehend die gedachte Verfassung hiermit zur Nachachtung." Glaser, Archiv I H. IV S. 121. Braunschweig war so loyal, daß es nicht einmal den Tag des Inkrafttretens bestimmte. — Aber in derselben Rechtslage befanden sich m. E. alle Staaten, deren Kammern an der vereinbarenden Stellung des Reichstages keinen Anstoß genommen hatten. S. oben S. 34 Anm. 65. Doch wurde dies nicht beachtet.

Digitized by Google

Bund: denn nur der Vollzug der Verfassung durch die sämtlichen norddeutschen Staaten bedeutete deren Inkrafttreten, also implicite den Beginn zwingend gemeinen Rechtes und den Verlust ständischer Rechte, — sondern damit, daß an einem bestimmten Tage die Bundesverfassung in Kraft trete. Darin lag alles beschlossen: die Anerkennung des Norddeutschen Bundes und der zwingenden Autorität seines Grundgesetzes, die Genehmigung des Eintritts des einzelnen Staates in denselben, der erforderliche Verzicht auf die ständischen Rechte.

Dann stand die Verfassung — wie allein recht und würdig — als das, was sie war, als abgeschlossenes Ganzes den einzelnen Landständen gegenüber: als Ganzes war sie zu genehmigen oder zu verwerfen; niemanden konnte es zu Sinne kommen über einzelne Artikel votieren zu wollen. Da leider eine offizielle Verkündung der Bundesverfassung fehlte, so mußte dieser Genehmigung ein Abdruck derselben als Anlage beigefügt sein. —

Es verstand sich von selbst, daß diese Genehmigung, da sie eine gewaltige Verfassungsänderung nicht durchführte, aber ermöglichte, mit den zur Verfassungsänderung nötigen Majoritäten und in deren Formen der Abstimmung zu erteilen war. Konnten bei diesem Vorgehen auch vielleicht einzelne Bestimmungen der Landesverfassungen nicht strikt zur Durchführung kommen, so war doch das Wesen ihres Willens gewahrt, und wie bei Errichtung von Bundesstaaten zu verfahren, pflegen Landesgesetze nicht zu regeln.

Die Genehmigung verlieh der Bundesverfassung nicht verbindliche Kraft für die einzelnen Staaten: sie ermöglichte nur, daß der Bund seine Autorität auch über den Staat der genehmigenden Kammer erstrecke. Aber der Bund mußte dies thun: das Landesgesetz vermochte dies nicht.

Sie begründete auch nicht die Rechtspflicht der einzelnen Regierung in den Bund einzutreten: denn Recht und Pflicht dazu bestanden schon durch die Vereinbarung. Sie machte aber der Regierung die Bahn frei[107])!

[107]) Man vgl. damit die mannigfach abweichende Auffassung Labands I. bes. S. 27 ff.

Digitized by Google

Insoweit hatten alle diese Genehmigungen denselben Inhalt, wenn auch ihre rechtlichen Folgen für die verschiedenen Landesverfassungen sehr verschieden waren.

Es wäre bei der Bedeutung dieser Akte für zwei ganz verschiedene Staaten korrekt gewesen, daß sämtliche norddeutschen Regierungen mit gesamtem Munde in Nr. 2 des Norddeutschen Bundesgesetzblattes erklärt hätten: mit Genehmigung aller ihrer Landstände resp. der Bürgerschaften der Hansestädte träte die Bundesverfassung am 1. Juli 1867 in Kraft, und daß jede einzelne Regierung für sich und ihren Staat in den Landesgesetzblättern das Inkrafttreten mit Genehmigung der jeweiligen Landstände verkündet hätte.

§ 12.

9. „Landesgesetzgebung".

I. An Stelle dieses einfachen Weges sind andere, viel weitere, viel unrichtigere gewählt worden. Der Gesetzlichkeitsfehler schießt in volle Blüte, und an dieser Stelle gab Preußens Regierung in der That kein gutes Beispiel. Sie griff zu einer der schlimmsten Fiktionen; sie that, als sei die vereinbarte Reichsverfassung Entwurf eines verfassungsändernden preußischen Landesgesetzes und unterbreitete die Verfassung als solchen Entwurf der „Beschlußnahme" des Landtags[108]). Dieser starke Fehlgriff hatte die seltsamsten Folgen: denn es mußte dann in der That hier wie in allen norddeutschen Staaten, die denselben Weg einschlugen, jeder einzelne Artikel der Verfassung zu Debatte und Abstimmung gestellt werden, falls nicht die Enbloc-Annahme beantragt und beschlossen wurde[109]); es mußte der falsche Glaube Nahrung finden, daß die Bundesverfassung zum

[108]) Das Königliche Dekret an die Sächsischen Stände, die Verfassung des Norddeutschen Bundes betr., v. 29. April 1867, legt gleichfalls die Verfassung den Kammern „zur Beratung und verfassungsmäßigen Zustimmung" vor.

[109]) Vgl. den Bericht über die Sitzung des preußischen Abgeordnetenhauses v. 8. Mai 1867 (Stenogr. Bericht S. 106). Alle 79 Artikel wurden aufgerufen, ebenso Überschrift und Einleitungsformel — eine dem Ernst der Sache sehr unwürdige Posse! Natürlich meldete sich niemand zum Wort.

Digitized by Google

Landesgesetz degradiert und durch die einzelnen Staaten für sie könne in Kraft gesetzt werden; und es zeigten endlich die Landesgesetze mit ihren fürstlichen Unterschriften die norddeutschen Fürsten in einer Freiheit der Bewegung, die sie nicht mehr besaßen. Sie hatten sich schon der Verfassung verschrieben; deren Vollzug konnte ihnen durch die versagte Genehmigung der Stände unmöglich gemacht werden: sie konnten sie aber nun nicht mehr als Landesherren nach erst eingeholter Zustimmung der getreuen Stände verkünden.

II. Alle norddeutschen Stände nahmen aber die Verfassung unverändert an, und sie wurde in allen norddeutschen Staaten publiziert. Das letzte Hindernis zur Verfassungsverwirklichung war damit gehoben. Neue Rechte wie Pflichten sind den Regierungen aus diesen „Landesgesetzen" schlechterdings nicht erwachsen: die für sie durch die Vereinbarung begründeten wurden nur sozusagen mit der Vollstreckbarkeitsklausel versehen.

III. Vergleicht man diese Publikationspatente[110]), so fällt zunächst die Gleichheit ihres Inhaltes und Aufbaues in die Augen, so daß wohl eine Verständigung über dieselben unter den norddeutschen Regierungen angenommen werden darf. Sie enthalten:

1. daß die Verfassung des Norddeutschen Bundes zwischen Regierungen und Reichstag vereinbart worden ist[111]);

2. daß sie die Zustimmung des Landtages erhalten hat[112]);

---

[110]) S. dieselben bei Glaser, Archiv I Heft IV S. 117—124. Über Braunschweig, das ganz isoliert steht, s. oben S. 57 N. 106. Über die Titel dieser Erlasse s. unten S. 61 N. 114.

[111]) S. oben Note 90. Sachsen sagt von ihr aus, wie sie durch den Reichstag am 16. April dieses Jahres . . angenommen worden; Oldenburg bezeichnet sie als aus der Beratung des Reichstags hervorgegangene Verfassung; ähnlich Schwarzburg-Rudolstadt.

[112]) Lauenburg: „nach vorgängiger Kommunikation mit Unserer Ritter- und Landschaft." Reuß ä. L. behielt die Zustimmung des einzuberufenden Landtags vor. — In Lippe hat nachfolgende Verfassung „die Zustimmung des zu deren Beratung berufenen Reichstages so wie Unserer getreuen Stände erhalten" — eine erheiternde Gleichstellung!

Digitized by Google

3. daß sie auf Grund beider Thatsachen verkündet wird[113]);

4. daß endlich verordnet wird, dieselbe trete am 1. Juli 1867 in dem jeweiligen Lande in Kraft. Nur Sachsen, Coburg-Gotha, Meiningen, Altenburg, beide Schwarzburg, Schaumburg-Lippe und Bremen verfügen allgemein, daß dieselbe vom 1. Juli 1867 an in Kraft treten solle, Braunschweig und Lippe verkünden sie zu allgemeiner Nachachtung.

5. Sachsen weist noch den interessanten Zusatz auf, wonach die Stände „auch unserer Staatsregierung zur Ausführung der darin enthaltenen Bestimmungen die Ermächtigung, soweit es einer solchen überhaupt bedarf, erteilt" haben.

6. Weimar und Schwarzburg-Sondershausen bezeichnen als Wirkung des Inkrafttretens der Verfassung, daß die bestehenden Landes-, besonders die Grundgesetze, „insoweit sie mit derselben nicht vereinbar sind, als abgeändert zu betrachten sind".

Die Verfassung selbst folgt, außer in Meiningen, wo sie in das Patent eingefügt ist, durchweg dem Patente nach[114]).

IV. Die staatsrechtliche Bedeutung dieser Erlasse[115]), die

---

[113]) Coburg-Gotha bringt dieselbe zur „gesetzlichen Publikation". Noch eigentümlicher Oldenburg und Schwarzburg-Rudolstadt, welche sie als „Gesetz für das Großherzogtum" und als „Landesgesetz" verkünden.

[114]) Der Kopf dieser Landeserlasse ist nicht der gewöhnliche des Landesgesetzes: „Wir . . . . verordnen", sondern der der Verkündung, an die sich die Verordnung bezüglich des Inkrafttretens anschließt: „Wir Wilhelm — thun kund und fügen hiermit zu wissen." Sie alle legen auf die Verkündung der Bundesverfassung den Hauptnachdruck. Sie nennen sich deshalb 1. Publikationspatent: in Preußen, Braunschweig, Anhalt, Waldeck, Lippe; 2. Patent betr. die Verkündigung od. Publikation: in Oldenburg, Altenburg, Schwarzburg-Sondershausen, Schaumburg-Lippe; 3. Verordnung die Publikation betr. od. Publikationsverordnung: in K. Sachsen, Hessen, beiden Mecklenburg, Reuß ä. L.; 4. Bekanntmachung: in Lübeck, Hamburg und wohl auch Bremen (mir zur Zeit nicht zugänglich); 5. Selten „Gesetz betr. die Publikation", so in Meiningen, Coburg-Gotha, Schwarzburg-Rudolstadt, Reuß j. L.; 6. Weimar hat keine Überschrift. Der Kopf lautet: „Wir . . . verkünden".

[115]) Interessant ist die Ansicht von Mejer, Einleitung S. 302. 303, die

Digitized by Google

negativ insofern feststeht, als sie unvermögend sind die Reichsverfassung zum Landesgesetz zu erniedrigen, positiv zu bestimmen hat deshalb Schwierigkeiten erzeugt, weil in ihnen Erlasse zweier ganz verschiedener Subjekte in ungehörige Verbindung gebracht sind. Es erhellt dies sofort, wenn man beachtet, daß diese Patente zu einem Teile in ihrer Gesamtwirkung, zum anderen Teil isoliert in ihrer Wirkung auf den einzelnen Staat betrachtet sein wollen.

1. Die Patente sind, sofern sie die Verfassung verkünden und den Tag ihres Inkrafttretens bestimmen, formell inkorrekte Erlasse der die norddeutsche Verfassung gebenden und ausführenden Gewalt. Sie ergehen insoweit prinzipiell namens der gesamten norddeutschen Regierungen und des norddeutschen Parlaments. Sie hätten in dieser Eigenschaft zu einem Erlasse zusammengefaßt werden müssen, der die erforderliche Genehmigung sämtlicher Landstände zu erwähnen gehabt hätte.

Da die offizielle Verkündung der Verfassung und die Bestimmung, wann sie in ganz Norddeutschland in Kraft treten sollte, fehlten, gerieten die einzelnen Regierungen auf den falschen Weg ein Surrogat für das Notwendige, das unterlassen war, zu schaffen: auf den Weg der Einzelpublikation, und, was noch viel schlimmer war, der teilweisen Inkraftstellung einer Zentralverfassung für die einzelnen Territorien. Wie sehr die Bestimmung des dies a quo

---

Publikation der Bundesverfassung in Gestalt des preußischen Landesgesetzes hätte in analoger Anwendung nach Art. 2 der preußischen Verfassung erfolgen müssen, weil Preußen einen Teil der Staatshoheitsrechte der übrigen Staaten „inkorporiert" habe, und sie habe neben anderem bedeutet, daß „die norddeutsche Bundesgewalt ein modifizierter und besonderen Ausübungsbedingungen unterstellter Teil der preußischen Staatsgewalt sei". Die nicht preußischen Publikationen hätten dazu das staatsrechtliche Komplement gebildet. Allein auch Preußen hat Rechte aufgegeben und der Unterwerfungsvertrag zwischen ihm und den übrigen Staaten ist nicht geschlossen worden. Doch ist richtig, die wenigen monarchischen Rechte des Bundes-Präsidiums sind nur ausgewachsene preußische Rechte: indessen haben sie aufgehört Bestandteile der preußischen Staatsgewalt zu sein.

Digitized by Google

außer dem Bereiche des einzelstaatlichen Erlasses lag, ergiebt sich nicht nur daraus, daß eine Verständigung zwischen den norddeutschen Regierungen über diesen Tag natürlich herbeigeführt wurde, sondern daß die Publikationspatente auch mehrfach, wie z. B. in Preußen, bezüglich dieses Tages als Blankette den Ständen vorgelegt und von diesen in solcher Form genehmigt wurden[116]). Daß die einzelstaatliche Publikation keine authentische ist, daß wir nicht 22 authentische Texte der Bundesverfassung besitzen, bedarf keines Wortes.

Es würden diese Publikationen jeder Bedeutung ermangeln, wäre eine offizielle Verkündung der Verfassung vorher erfolgt gewesen. Da dies nicht der Fall war, so erscheinen sie als integrierende Bestandteile des Genehmigungsaktes, dessen Inhalt sie bestimmen. Bestandteil des Landesrechts wird nicht die Verfassung, sondern die Genehmigung ihres Inkrafttretens: diese Genehmigung nimmt gerade auf sie als etwas außer dem Landesrecht Stehendes Bezug.

Ebenso ist die norddeutsche Bundesverfassung nicht durch Landesgesetz, sondern durch die That des Eintritts der Staaten und des norddeutschen Volkes, das schon zum Reichstag organisiert aus der Zeit vor dem 1. Juli 1867 in die Bundeszeit hinübertrat[117]), in den Bund in Kraft gestellt.

2. Die Patente sind aber zugleich Erlasse der einzelnen Staatsgewalten als solcher. Jeder Staat hatte nötig seinem Volke den Tag des Inkrafttretens der Reichsverfassung und die gewaltige Verfassungsänderung, die sich mit diesem Tage auf dem Boden des Landesstaatsrechtes vollziehen würde, kundzuthun unter Hervorhebung der ständischen Genehmigung. Auch darin war wieder alles beschlossen: die Erklärung des

---

[116]) In der Sitzung des preuß. Abgeordnetenhauses vom 1. Mai 1867 (Stenogr. Ber. S. 12) bemerkte v. Bismarck, es solle nach erhaltener Sanktion der Vorlage mit den übrigen Regierungen der Termin des Inkrafttretens vereinbart werden.

[117]) Eine Neuwahl des Reichstages wurde nicht vorgenommen.

Digitized by Google

Entschlusses der Regierung mit ihrem Staate in den Bund einzutreten, des nötigen Verzichts auf einen Teil der Staatsgewalt, insbesondere auf Rechte der Regierung wie der Stände, endlich die Erklärung von den Reichsregentschaftsrechten Besitz ergreifen zu wollen. Alles dieses ward unter dem Gesichtswinkel des einzelnen Staates erklärt.

So sind in allen diesen Patenten zwei ganz heterogene Bestandteile zu scheiden, die der Gesetzgeber kunstvoll konfundiert hat.

3. Es ergiebt sich jetzt auch genau die Bedeutung der Mitwirkung der einzelnen Landstände. Sie waren nicht Mitinhaber der verfassunggebenden Gewalt. Sie mußten nicht um ihre Zustimmung zu der ordnungsmäßigen Publikation der Reichsverfassung gefragt werden; sie hatten nicht den Tag des Inkrafttretens zu bestimmen[118]). Sie mußten allein darum gefragt werden, ob sie mit diesem Inkrafttreten einverstanden wären. Erklärten sie dies, so nahmen sie nicht Teil an einem Landesgesetz, das eine Verfassungsänderung im einzelnen bestimmte, sondern ihre Genehmigung war ein gewaltiges Blankett, dessen Inhalt und Tragweite — ganz besonders auch gegenüber der partikularen Verfassung — allein nur die Bundesverfassung bestimmte. Versagten sie diese Genehmigung, so eximierte dies ihren Staat höchstens ipso jure vom Norddeutschen Bunde[118a]); dieser trat zwar ins Leben, umfaßte aber statt 22 nur 21 Staaten.

Es hatten also die einzelnen Stände mit der Schöpfung der Verfassung gar nichts, mit dem Inkrafttreten derselben nur insoweit zu thun, als sie durch deren Genehmigung das einzige noch vorhandene Hindernis dieses Inkrafttretens zu beseitigen berufen waren.

Eine fundamentalere Verschiedenheit wie die zwischen der Rechtsstellung des vereinbarenden Reichstags und der einzelnen Landstände ist undenkbar. Nicht jener beriet und sie beschlossen. Jener war vielmehr einer der Schöpfer der Verfassung und des neuen Staates, und die Stände hatten vor diesem Staate soweit nötig

[118]) Gut Hänel I S. 75.

[118a]) Unzweifelhaft ist dies nicht. Der landesrechtswidrige Eintritt in den Bund wäre kaum rechtsungültig gewesen.

Digitized by Google

zu abdizieren und einen Teil ihrer Rechte als hindernde Schranken seines Eintritts in die Wirklichkeit selbst zu beseitigen.

Die ergangenen Bundesgesetze können nach allem nicht anders gefaßt werden als die formell inkorrekten Genehmigungen der Stände von dem Inkrafttreten der Reichsverfassung, somit als die Anerkennung sämtlicher Rechtsfolgen dieser Thatsache durch die einzelnen norddeutschen Staatsvölker.

§ 13.

IV. Die Rechtsgedanken im Gründungswerk.

Wenn trotz manches begangenen Fehlers die Reichsgründung des Jahres 1867 glücklich gelungen ist, so waren die angewandten Mittel jedenfalls tauglich und die entstandenen Hemmnisse unkräftig deren wirkende Kraft zu paralysieren. Aus der Betrachtung der Mittel, der Hemmnisse, des Erfolges müssen sich deshalb allgemeine Rechtswahrheiten gewinnen lassen.

I. Ist jede Staatsschöpfung That, Willensverwirklichung, so ist die Schöpfung eines Verfassungsstaates notwendig zweiaktige Handlung. Wenn mannigfach die Behauptung begegnet, jede Staatsgewalt komme unbeschränkt auf die Welt und müsse sich erst hinterher den Kappzaum anlegen, die Begründung des Verfassungsstaates als solchen sei unmöglich, so wird diese auch theoretisch haltlose Ansicht nicht minder durch die Gründung der drei großen neuen Bundesstaaten widerlegt. Vielmehr ist der erste Akt notwendig die Errichtung, der zweite die Vollstreckung der Verfassung.

II. Beide Akte wurden 1867 von genau denselben Mitthätern, den 22 norddeutschen Regierungen und dem einen norddeutschen Volke vorgenommen. Sollen andere als die Schöpfer einer Verfassung dieselbe ins Leben führen, so müssen ihre Handlungen als Ausführungen fremden Willens zugleich Anerkennungs- und können nicht reine Vollstreckungshandlungen sein.

Digitized by Google

III. Bei beiden Akten ſtanden den Urhebern Gehilfen zur Seite und zwar jedesmal die Völkerſchaften der einzelnen norddeutſchen Staaten[119]). Dieſe Beihilfe war unweſentlich, weil unnötig, zur Verfaſſungserrichtung: die Wahlen durften nicht auf Grund partikularer Wahlgeſetze ausgeſchrieben werden. Die Beihilfe war inſoweit rechtswidrig. Aber der Charakter des Reichstags als echter Volksvertretung blieb dadurch unberührt. Die Beihilfe war weſentlich zum Verfaſſungsvollzug; denn nur wenn die Stände das Inkrafttreten der Verfaſſung genehmigten, konnte ſich dieſe ganz Norddeutſchland unterwerfen. Dieſe weſentliche Beihilfe wurde von einzelnen Kammern im voraus, von der Mehrzahl erſt nach Errichtung der Verfaſſung geleiſtet. Unterblieben iſt ſie in keinem norddeutſchen Staate. Sie hat faſt durchweg die falſche Form angenommen. Der Gehilfe verſuchte ſich unter die Urheber zu drängen. Er blieb trotzdem was er war, da ihm die Qualitäten zum Urheber mangelten.

IV. Von jenen beiden Akten iſt der erſte ebenſo weſentlich ſolenn, als der andere unfeierlich. An beſtimmtem Tage ſchließt das Stadium der Verfaſſungsberatung. Es folgen raſch auf einander — 1867 nur durch Stunden getrennt — die beiden Haupthandlungen der Miturheber, die beiden Schlußwillenserklärungen, und als Ergebnis der Vereinbarung ſteht das abgeſchloſſene Verfaſſungswerk vor aller Welt Augen. Die Vollſtreckung der Verfaſſung dagegen vollzieht ſich oft unbemerkbar; die Miturheber werden nacheinander, wie das Spiel erfordert, auf die Bühne gerufen; ſie kann nicht Akt auf einen Schlag, ſie muß fortgeſetzte Handlung ſein. Ihre Unſcheinbarkeit — in der Zeit des Juli 1867 ohne Not künſtlich dadurch geſteigert, daß der Bund kein Lebenszeichen von ſich gab, — entzieht ſie dann wohl der Beachtung, und der Glaube entſteht Verfaſſungs- und Staatserrichtung ſeien identiſch, fielen

---

[119]) Der ſo unendlich wichtige Gegenſatz von Urheberſchaft und Beihülfe geht durch das ganze Rechtsgebiet, wird aber ſeltſamerweiſe faſt nur von Kriminaliſten beachtet. Die ganzen Akte der konſtitutionellen Geſetzgebung, der Kontraſignatur und zahlreiche andere ſind nur mit ſeiner Hülfe ganz zu verſtehen.

Digitized by Google

notwendig zeitlich zusammen. Er ist irrig. Auch wenn am 17. April 1867 der Bund sofort sich zu regen begonnen hätte, der Vollzug folgt doch dem zu Vollziehenden stets zeitlich nach.

V. Von jenen beiden Akten ist der erste Begründung, der zweite Vollzug objektiven Rechts und subjektiver Rechte und Pflichten.

1. Die „Vereinbarung" bildet den Thatbestand, die Entstehung der Verfassung als echten Gesetzes seine Rechtsfolge. Die Vereinbarung selbst ist weder Gesetzes- noch Rechtsvollzug, vielmehr ein rechtsbegründender Akt extra legem. Wenn auch das Recht zweifellos nicht ausschließlich auf Staatsboden wächst, so setzt es doch das Dasein eines anerkannten Gemeinwillens in einem bestimmten Menschenkreise voraus. Es kann nicht behauptet werden, daß das ganze norddeutsche Volk zusammen mit allen norddeutschen Regierungen unter dem Banne desselben Gemeinwillens gestanden hätten. Sie konnten aus ihm ein subjektives Recht zur Verfassungsschöpfung nicht ableiten. Sie besaßen kein solches, sonst hätten sie auch von sich aus das widerstrebende Landrecht zu brechen vermocht; insoweit kann ihre Vereinbarung als „thatsächlicher Vorgang" bezeichnet werden.

2. Aber wenn auch der Rechtsbegründungsakt — wie allgemein anerkannt — nicht Rechtsvollzugsakt zu sein braucht[120]), so muß er doch zur Rechtsbegründung Tauglichkeit besitzen. Nicht jeder thatsächliche Vorgang, an den sich der Erfolg schließt, reicht aus. Wir müssen berechtigt sein, den Kausalzusammenhang zwischen Thatbestand und Folge zu behaupten. Das gilt wie von der Begründung subjektiver Rechte, so auch von dem Akte der Neuschöpfung eines Staatswesens. Wir sind heute nicht zweifelhaft, die Errichtung einer Gesamtstaatsverfassung durch das Volk allein oder die Regierungen allein für unmöglich zu erklären[121]), während das Ver-

[120]) Man denke an das Rechtsgeschäft der Okkupation im privaten wie öffentlichen Recht. Der Okkupant braucht kein Okkupationsrecht zu besitzen.

[121]) Nur schließt dies nicht aus, daß die oktroyierte Verfassung später durch allgemeine Anerkennung konvalesziert.

Digitized by Google

fassungsbündnis an die Tauglichkeit der Vereinbarung wie an ein Dogma glaubte. Nur kann die Tauglichkeit dieses Schöpfungsaktes nicht wie die rechtsbegründender Rechtsgeschäfte an einem Gesetze abgelesen werden. Sie kann sich nur darauf gründen, daß er die Potenzen enthält, welche auch innerhalb des Rechtslebens als gesetzbegründend angesehen werden: das sind Bildung und Erklärung eines Gemeinwillens,' dem alle, denen er gelten will, Folgeleistung schulden.

3. Besaßen nun die norddeutschen Regierungen und das norddeutsche Volk zur Verfassungserrichtung nicht ein subjektives Recht, so besaßen sie zweifellos die dazu nötige Fähigkeit. Das neue Gemeinwesen wollte gerade das Rechtsverhältnis zwischen diesen beiden Faktoren und nur zwischen ihnen schaffen und gestalten. Beide standen sie dabei auf rechtsfreiem Gebiete. Nur bei ihnen lag deshalb die Entscheidung, ob jene Schöpfung und wie sie geschehen sollte. Ihre Legitimation war in demselben Augenblick unanfechtbar, wo ihr Wille sich auf sie selbst beschränkte: es gab dann keinen Prätendenten der Mitentscheidung. Hätten auswärtige Staaten oder aber Korporationen im Bereiche Norddeutschlands den Anspruch erheben können, bei dem Verfassungswerke mit gehört zu werden, und ihn wirklich erhoben, so wurde die Legitimation zweifelhaft[122]). Aber weder das eine noch das andere traf zu. Regierungen und Volk waren zu dem Werke legitimiert, weil allein fähig und an der Verfassungserrichtung durch Landesrecht nicht gehindert. Da das norddeutsche Volk als Ganzes — ohne jede Rücksicht auf seine Spaltung in Staatsvölker — das Volk des neuen Gemeinwesens bilden sollte, so konnte allein das norddeutsche Parlament Mitschöpfer der Verfassung werden. Da die Fürsten und Städte sämtlich im Besitze souveräner Staatsgewalt von Rechtswegen standen, in dieser

[122]) Nicht — wenn ich so sagen darf — für die staatsrechtliche, aber für die völkerrechtliche Legitimation der Gründer des Bundes ist allerdings der Nikolsburger Frieden v. 26. Juli 1866 A. VI und sind die Berliner Frieden nicht ohne Bedeutung. Sie schufen negative Voraussetzungen derselben. S. Laband, Staatsrecht I S. 15.

Digitized by Google

Stellung einander streng koordiniert waren und weder von ihren Genossen allein noch von diesen in Gemeinschaft mit dem Parlament ohne Rechtsbruch fremdem Willen unterworfen werden konnten, hätten die Miturheber der Verfassung ihre Legitimation durch Anerkennung des Majoritätsprinzips auf Seiten der Regierungen auch nur gegen den Willen einer derselben sofort erschüttert.

4. Die notwendige Form für die Ausübung jener Fähigkeit war die Bildung des Gemeinwillens, dem sie alle — Regierungen wie Volk — sich unterstellen wollten, die treffend sog. Vereinbarung. Man hat nicht ohne Ironie gefragt, was man sich unter der rechtlichen Natur einer paktierten Verfassung zu denken habe[123])?

Darauf ist zu erwidern, daß alle rechtlich bedeutsamen sog. Willenseinigungen auf zwei Typen zurückgehen: auf den des Vertrags und den der Vereinbarung[124]).

Der Vertrag bewirkt streng genommen keine Willenseinigung, sondern nur eine Willensbindung der Paciscenten. Keine Einigung deshalb, weil die Willen der Kontrahenten notwendig verschiedenen Inhalt besitzen, somit zu einem Gesamtwillen nicht zusammenfließen können. Der eine will geben, der andere nehmen, der eine bestellt die Arbeit, der andere will sie liefern, der eine unterwirft sich durch dinglichen Vertrag der Gewalt des andern, dieser will sein Herr sein. Der Vertrag ist das Rechtsgeschäft, welches durch zwei, von verschiedenen Rechtssubjekten ausgehende, auf denselben Zweck gerichtete, einander notwendig ergänzende Handlungen verschiedenen Inhaltes begründet wird. Als Grund der Auslösung von Handlungen betrachtet verpflichtet er entweder nur einen Kontrahenten zur Thätigkeit, oder aber beide, dann jedoch zu Thätigkeiten verschiedenen Gehaltes.

123) So Seydel, Komm. S. 6. Vgl. Zorn I S. 26 Note.

124) Es ist sehr zu bedauern, daß die rechtlich bedeutsame Willens-Einigung als solche noch nie im Zusammenhang bearbeitet worden ist. Die Folge ist die Verkennung des tiefen Unterschieds der verschiedenen Arten der Willens-Einigung und eine maßlose Ausdehnung des Vertragsbegriffs. Der Text muß sich mit Andeutungen begnügen.

Digitized by Google

Die Vereinbarung aber ist die Verschmelzung verschiedener inhaltlich gleicher Willen. Sie ist das einzige Mittel zur Bildung eines Gemeinwillens. Als Grund der Auslösung von Handlungen betrachtet, verpflichtet sie entweder alle zu gemeinsamer Handlung oder verpflichtet oder berechtigt den einen Teil der Vereinbarung im Namen beider zu handeln. Es ist Willensvereinbarung, wenn ein Gericht das Urteil findet, wenn eine Kammer beschließt, wenn die Regierung auf den Willen des Parlaments eintritt, wenn mehrere Mitinhaber des Verordnungsrechtes oder der gesetzgebenden Gewalt gemeinsam einen Rechtssatz feststellen. Dabei können die Parteien der Vereinbarung Parteien zu gleichem oder ungleichem Rechte sein. Im ersten Falle werden sie Miturheber, im zweiten wird eine von ihnen zur bloßen Gehilfin der Vereinbarung.

Eine wirklich paktierte Verfassung ist also echte Willenseinigung zwischen den Personen, die, sei es als Herrscher, sei es als Unterthanen, das künftige Gemeinwesen mitbilden helfen wollen, die Errichtung des Gemeinwillens für dasselbe, das Gegenteil eines Unterwerfungsvertrages zwischen dem künftigen Herrscher und den künftigen Unterthanen, das Gegenteil eines Unterwerfungsaktes des einen Teils unter den andern.

5. Die verbindliche Kraft schöpft die vereinbarte Verfassung, seine Rechtsgültigkeit der neue Staat allein aus der vernünftigen, vom Rechte nicht reprobierten, ihm vielmehr als Handlung des Rechtsausbaues willkommenen That zu ihrer Errichtung fähiger Gründer. Nicht sowohl die Einigung der Willen schafft die Verfassung — denn die Willen, die sich gebunden, können sich auch wieder lösen: wohl aber die gemeinsame That, von der es keinen Rücktritt giebt, deren Konsequenzen jeder für sich, alle für alle, Generation für Generation anzuerkennen und zu vertreten haben. Diese That ist die Bildung, Erklärung und Verwirklichung des Gemeinwillens. Ich will in das Mysterium dieser That hier nicht tiefer einzudringen versuchen: daß es aber auch ihr gegenüber für einen der Miturheber nach dem Zustandekommen des Werkes

Digitized by Google

„nichts derart giebt wie Nullifikation und Secession", darüber sind sich die Vereinbarenden im Frühjahr 1867 völlig klar gewesen.

6. Da ihnen nun die Fähigkeit zur Rechtsbildung für ihren Lebenskreis zugesprochen werden muß, da sie den Willen der Rechtsbildung gehabt haben, da das nötige Mittel zum Zweck in der Vereinbarung zu schaffen ihnen gelungen ist, da sie allein das Maß der Autorität, das *sie* ihren Satzungen geben wollten, bestimmen konnten, da sie ihnen den Charakter zwingend gemeinen Rechts zu geben beabsichtigten, so ist die Verfassung vom 17. April 1867 ein *Gesetz* der zur Verfassungserrichtung befähigten Subjekte[125]), und zwar ein gemeinrechtliches Gesetz zwingenden Charakters. Mit Erlaß dieses Gesetzes hatte die verfassunggebende Gewalt ihren Gesetzgebungsberuf erschöpft. Nur das eine Werk zeugt von ihrer großartigen Schöpferkraft. Ein zweites Gesetz zu erlassen, war sie unfähig. Die Verfassung ist als Gesetz einzig in ihrer Art.

VI. Dieses Verfassungsgesetz begann seine rechtsverpflichtende Wirkung für die vereinbarenden Teile vom Tage seines Abschlusses an. Seine Schöpfer waren dadurch verpflichtet, an dem zu bestimmenden Tage zum Vollzuge des Gesetzes mitzuwirken und bis dahin alle Hindernisse dieses Vollzugs in Gestalt der Reichsverfassung widersprechender Rechte soweit zu beseitigen, als sie dies auf dem Wege Rechtens vermochten. Insbesondere waren die Regierungen, die schon innerhalb der Verfassung standen, verpflichtet, die Inkorporation ihrer Staaten in den Bereich der durch die Verfassung Gebundenen soweit möglich herbeizuführen.

Ebenso zweifellos wie die Fähigkeit der Vereinbarenden Recht für sich zu schaffen, war ihre Unfähigkeit Rechte dritter zu Gunsten des Verfassungswerks zu brechen. Da diese Rechte durchaus auf dem Boden des Landesrechts und im Besitze der Landstände sich

[125]) Kein konstitutionelles Gesetz (so *Haenel* I S. 78), da dieses den konstitutionellen Staat als gegründet voraussetzt.

Digitized by Google

befanden, so bedurfte die zu Recht bestehende Verfassung behufs ordnungsmäßiger Durchführung in den sie anerkennenden und auf ihre Rechte verzichtenden Ständen der wesentlichen Gehilfen, und sie hat sie gefunden. Die Teile folgten dem Willen des Ganzen. In demselben Maße, in welchem diese Hilfe geleistet wurde, gewann das gemeine Recht an Herrschaftsgebiet, bis seine Geltung innerhalb Norddeutschlands keine Schranke mehr fand, und damit das letzte Hindernis die Verfassung am 1. Juni 1867 allseitig zur Ausführung zu bringen geschwunden war.

So haben sich die norddeutschen Regierungen und das norddeutsche Volk ihren Verfassungsstaat begründet. Schon damals hätte unser unvergeßlicher Kaiser Wilhelm seine Worte vom 21. März 1871 sprechen können: „Wir haben erreicht, was seit der Zeit unserer Väter für Deutschland erstrebt wurde: die Einheit und deren organische Gestaltung, die Sicherung unserer Grenzen, die Unabhängigkeit unserer nationalen Rechtsentwicklung.“ Denn weit schwieriger wie die Erweiterung des Norddeutschen Bundes zum Reich war die Beseitigung des alten Bundes, der alten unseligen Zersplitterung und der Lust an ihr, endlich der Ersatz des Verrotteten durch ein blühendes Gemeinwesen. Leicht gangbar war die Bahn seiner Gründung nicht: aber der große Wille findet stets einen Weg.

Digitized by Google

Der

Feststellungsanspruch.

Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch.

Von

Adolf Wach.

Digitized by Google

Digitized by Google

Der unscheinbare Paragraph 231 der Civilprozeßordnung bedeutete für viele deutsche Gebiete eine tiefgreifende Neuerung. Er erweiterte den Rechtsweg in richtigem Verständnis für die Bedürfnisse des Rechtslebens. Die Praxis hat sich seiner eifrig bemächtigt. Man darf das Gesetz zu den wichtigsten Bestimmungen der an Reformen so reichen und für die Entwickelung der Rechtspflege so heilsamen Civilprozeßordnung rechnen. Seine Form läßt über seinen Zweck und Willensinhalt keinen Zweifel. Nur die unvermeidliche Allgemeinheit des Kriteriums des „rechtlichen Interesses" an alsbaldiger Feststellung scheint der Auslegung des § 231 ernstere Schwierigkeit zu bereiten. Und dennoch hat dieses Gesetz ein wissenschaftliches Problem, wenn nicht geschaffen, so doch in den Vordergrund gedrängt. Wir haben die Feststellungsklage in das System der Rechtsschutzmittel einzureihen, sie in das richtige Verhältnis zu den Klagen — wie man sich auszudrücken beliebt — auf Leistung oder Verurteilung zu stellen. Wir haben sie in Einklang zu setzen zu dem Begriffe des Klagerechts, als dessen eine wichtige Erscheinungsform sie auftritt. So wird sie zum Prüfstein der Richtigkeit und Anwendbarkeit der hergebrachten Begriffe. Bisher ist ein Einverständnis über das Wesen der Feststellungsklage und die sie von ihrer Schwester, der Verurteilungsklage unterscheidenden Merkmale noch nicht erzielt. Richtiges und Falsches ist gesagt. Aber die Aufgabe ist ungelöst, so lange noch nicht in einer bis auf die Grundbegriffe zurückgehenden, alle Verzweigungen aufdeckenden Weise der innere Zusammenhang der Rechtsmittel in prozessualer und materiellrecht-

Digitized by Google

licher Beziehung klargelegt ist. In den folgenden Zeilen will ich im Anschluß an Gedanken, welche ich in meinem Handbuch des deutschen Civilprozeßrechts ausgesprochen habe, einen bescheidenen Beitrag zur Lösung des Problems zu geben versuchen.

I.

Die Theorieen über die Natur des Feststellungsanspruchs.

1. Die Motive zur Civilprozeßordnung in der Fassung des zweiten und dritten Entwurfs haben bekanntlich einen privatrechtlichen Feststellungsanspruch aufgestellt. Er soll Anerkennungsanspruch sein. Sie sagen:

> „wenn das Gesetz neben der Klage auf die dem Rechtsverhältnisse entsprechende Leistung eine Klage auf Feststellung einräumt, so erkennt es damit an, daß aus dem Rechtsverhältnisse neben dem Anspruche auf Leistung ein weiterer selbständig verfolgbarer Anspruch auf Feststellung erwächst. Wie der Anspruch auf Leistung, so kann auch der Anspruch auf Feststellung verletzt werden — und nur, wenn er verletzt ist, liegt Anlaß zur Erhebung einer Klage auf Feststellung vor."

Der Verfasser der Motive rechtfertigt damit das Fehlen der Worte „ohne vorangegangene Rechtsverletzung" im Gesetzentwurf. Er geht von der Vorstellung aus, daß der sog. Feststellungsanspruch auf einer Stufe steht mit dem Leistungsanspruch. Beide sollen aus dem materiellen Recht, dem Rechtsverhältnis entspringen, beide Unterarten des allgemeineren Begriffs des privatrechtlichen Anspruchs bilden. Ausdrücklich wird § 231 für ein Gesetz erklärt, welches im Civilgesetzbuch seinen richtigen Platz hätte[1]). Damit

[1]) Die Motive des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs Bd. I. S. 359

Digitized by Google

wäre die Harmonie des Ganzen hergestellt. Welcher Inhalt dem Feststellungsanspruch zukommen soll, wird nicht entwickelt. Doch nötigen frühere Äußerungen der Motive des § 231 (223) zu der Annahme, daß an einen Anspruch auf Anerkennung gedacht werde. Denn sie verweisen auf das für die Anerkennungslehre Epoche machende Werk O. Bährs und sprechen von „Klagen auf Anerkennung, auf Feststellung von Rechtsverhältnissen" in einem Sinne, welcher erkennen läßt, daß man beides für begrifflich gleichwertig hält.

Motivenanbeter sind nun befriedigt. Für solche, welche in den Motiven einen maßgebenden Ausdruck des gesetzgeberischen Gedankens finden, steht es jetzt fest, daß § 231 ein materielles Recht auf Anerkennung im Falle des rechtlichen Interesses giebt, daß dieses Recht verletzbar ist und in der Klage auf Feststellung verfolgt wird. So lehren manche[2]) und finden eine Stütze in der weitverbreiteten Anschauung, daß jede Klage das Geltendmachen von Rechten, materiellen Ansprüchen sein müsse, und in den partikularrechtlichen Vorschriften, welche Klagen auf Anerkennung zuließen. Auch die Praxis ist, scheint es, zum Teil von jenen Vorstellungen beherrscht, denn immer wieder erscheinen Klagen, welche, gestützt auf § 231, die Verurteilung zur „Anerkennung" erbitten, und Urteile, welche schuldig sprechen „anzuerkennen".

Es wäre müßig, an dieser Stelle noch einmal den zweifellos richtigen Satz ausführen zu wollen, daß die Motive der CPO. keine

---

begründen das Schweigen desselben über die Nativität der Klagen damit, daß „thatsächlich" die CPO. bereits genügende Stellung zur Frage genommen habe.

[2]) Die Motive des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs Bd. I S. 291 sagen: „nicht unter den Anspruchsbegriff im Sinne des Entwurfs fällt das Recht auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines rechtlichen oder thatsächlichen Verhältnisses durch richterlichen Spruch (CPO. § 231). Gegenstand dieses Rechts ist nicht eine Leistung." Sie fahren fort: „Die CPO. steht in letzterer Hinsicht auf einem abweichenden Standpunkte; die Motive zu § 223 des Entwurfs werden von dem Gedanken eines der Feststellungsklage zu Grunde liegenden Anspruchs beherrscht." — Aber sind denn die Motive das Gesetz? Wenn zum Schlusse in Parenthese hinzugefügt wird: „vgl. auch § 293 der CPO.", so werde ich mich mit diesem Citat bei anderer Gelegenheit auseinanderzusetzen haben.

Digitized by Google

autoritative Kraft haben, ja daß die dogmatische Konstruktion, selbst wenn sie im Gesetz auftritt, nicht bindet. Wohl aber muß noch einmal an den schon anderweit von mir entwickelten Gegensatz des die Geschichte des Gesetzes enthaltenden und deshalb für die Auslegung wichtigen Materials einerseits und des über den fertigen Gesetzes-(Entwurfs-)Text reflektierenden und deshalb nur nach seiner inneren Wahrheit zu messenden Motiveninhalts aufmerksam gemacht werden[3]). Die oben angeführten Motive zu § 231 reflektieren über den schon vorliegenden Wortlaut des Entwurfs. Dieser ist aus dem norddeutschen Entwurf § 191 Abs. 1 entnommen und war in der ersten Fassung der Motive der deutschen CPO. folgendermaßen begründet worden:

> „Der Rechtssatz, daß die Klagerhebung von einer bereits thatsächlich eingetretenen Rechtsverletzung abhängig sei, ist bereits gegenwärtig durch einzelne positive Gesetze durchbrochen, und die Praxis der deutschen Gerichte hat sich mehr und mehr freieren Anschauungen genähert. Das Bedürfnis zur Abwendung bevorstehender Rechtsverletzung eine Klage zuzulassen, ist unleugbar vorhanden, sofern die Parteien an der Feststellung des Rechtsverhältnisses, dessen Verletzung sie befürchten, ein rechtliches Interesse haben."

Da ist nichts von der Konstruktion der späteren Motive, ja es ist das Gegenteil von dem ausgesprochen, was sie enthalten[4]). Es fragt sich also: ist ihr Inhalt wahr? Die Antwort ist schon von anderer Seite gegeben. Man hat längst erkannt, daß der civilistische Anerkennungsanspruch aus der CPO. § 231 nicht nur nicht abzuleiten ist, sondern daß der Rechtsgang der CPO. seiner Annahme geradezu entgegensteht. Die CPO. § 231 enthält nicht den Rechtssatz: wer ein rechtliches Interesse an der Anerkennung, „Rekognitiverklärung", hat, darf solche fordern. Die Feststellungsklage ist

[3]) Vgl. mein Handbuch des deutschen Civilprozeßrechts Bd. I. Leipzig 1885. S. 283, 284.

[4]) Auch in den Protokollen des norddeutschen Entwurfs S. 524 ff. 579. 773 ff. 1104 ff. findet die Anerkennungstheorie keine Stütze.

Digitized by Google

nicht Klage auf Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung, — andernfalls wäre sie eine unter den § 230 fallende Leistungsklage. Allerdings braucht § 231 selbst das Wort „Anerkennung", aber in dem Sinne der richterlichen Anerkennung, Feststellung der Echtheit, wie durch den Parallelismus von „Anerkennung einer Urkunde" und „Feststellung der Unechtheit" klargestellt wird. — Die „Anerkennung" in der mündlichen Verhandlung (CPO. § 278) ist nicht „Erfüllung", wendet nicht das Feststellungsurteil ab. Man verfälscht und verkümmert den § 231, wenn man ihm den Gedanken einer im Feststellungsprozeß zu realisierenden civilen Obligation, der obligatio ad agnoscendum unterschiebt. Die CPO. hätte ihn nicht aussprechen können, ohne zugleich die Anerkennung selbst in ihrem Wesen, ihrer Form und ihren Wirkungen zu regeln. Wie konnte dieses Gesetz eine generelle nur an die vagen Voraussetzungen des rechtlichen Interesses geknüpfte Anerkennungspflicht schaffen, ohne sich mit der Zwiespältigkeit der geltenden Civilrechte über das Wesen der Anerkennung auseinanderzusetzen? Wie konnte sie die Realisierung in der Form des richterlichen Feststellungsurteils wollen, ohne selbst zu wissen und zu sagen, was es eigentlich zu vollstrecken galt? Sie hätte in die Luft gebaut.

Man hat versucht, das Anerkennungsrecht, den materiellen Feststellungsanspruch im Sinne des Anerkennungsanspruchs näher zu bestimmen. Plósz[5]), geleitet durch die energische Gedankenarbeit Degenkolbs in dessen Werk „Einlassungszwang und Urteilsnorm", auf welches unten zurückzukommen sein wird, findet in dem Feststellungsanspruch einen Kautionsanspruch, ein Recht auf Anerkennung in einer dauernde Sicherung gewährenden Form. „Demgemäß müßte das auf die Anerkennungsklage erfolgte bejahende Urteil einen gegen den Beklagten gerichteten Leistungsbefehl enthalten, nämlich auf genügende Kaution, z. B. auf Anerkennung mittelst öffentlicher Urkunde. Daß das Anerkennungsurteil dennoch äußerlich keine Kondemnation, keine Anerkennung einer Pflicht des

[5]) Beiträge zur Theorie des Klagerechts, Leipzig 1880, S. 162 ff.

Digitized by Google

Beklagten enthält, findet seinen Grund darin, weil die öffentlich-rechtliche Feststellung, die Rechtskraft des Urteils, die zustandsmäßige Anerkennung des Beklagten schon an sich genügend sicherstellt. Ein solches Urteil enthält schon seine Vollstreckung in sich." — Wir sehen, wir treiben auf dem Meer der Willkür. Von wem soll es abhängen, welche Form der „Kaution" gefordert werden darf, ob öffentliche Urkunde, private Erklärung der Zeugen, Bürgen, oder Pfänder? Welche Wirkung soll das Anerkenntnis haben? Soll es Beweismittel, Konstitut, Anerkenntnisvertrag sein? Wie kommt es, daß, wenn der Kläger Kaution fordern darf, er statt derselben nach § 231 „Feststellung" fordern muß? Dieser im Bedürfnisfall entstehende generelle, materielle Sicherungsanspruch ist schlechthin unerweislich. Er ist es um so mehr, als sich zeigen wird, daß selbst im höchsten Gefährdefalle kein materielles (civilistisches) Recht auf Sicherstellung entsteht[6]).

Degenkolb hat die entscheidenden Gründe gegen den materiellen Anerkennungsanspruch der Motive mit aller Klarheit erkannt und ausgesprochen. Aber auch er hat sich von dem Gedanken nicht freimachen können, daß die Feststellungsklage einen materiellen Anspruch verfolge, also CPO. § 231 einen solchen verleihe. Das von ihm aufgestellte abstrakte, publizistische Klagerecht, das Recht auf Prozeß ist nicht das Recht auf ein günstiges Urteil, d. h. auf

[6]) Der Ansicht von Plósz scheint zu folgen v. Kienitz in einer polemischen Note seiner Abhandlung über Rechtsverhältnis und bestimmten Antrag (Zeitschr. f. Civilprozeß Bd. X S. 215 Note 5). Dort spricht er von Anspruch auf „Feststellung, Anerkennung", nennt ihn „materielles Klagerecht", „Klagerecht auf Sicher- oder Feststellung", paralleliſiert ihn mit der Klage auf cautio damni infecti, auf Sicherstellung eines Wechsels. Die Unklarheit, welche den Verfasser beherrscht, wird deutlich durch eine andere Stelle seiner Arbeit (S. 224 ff. Note 12), in welcher er sagt, daß die Feststellungsklage lediglich den im festzustellenden Rechtsverhältnis liegenden Anspruch geltend mache: „Wie die Klage auf Feststellung des Eigentums, des Besitzes, des dinglichen Rechts aus § 231 als die bezügliche dingliche bezw. Besitzesklage anzusehen ist, so war und ist auch die Klage auf Anerkennung bezw. Feststellung eines obligatorischen Rechtsverhältnisses als die betreffende zwar nicht direkt aber indirekt auf Erfüllung gerichtete Klage ex contractu, quasi ex contractu, u. s. w. anzusehen".

Digitized by Google

die geforderte Feststellung, ist also nicht der Feststellungsanspruch. Dieser selbst ist ihm als Grundlage der Feststellungsklage dem Anerkennungsanspruch gleichwertig, eine Art Sicherungsanspruch, nur daß nicht die Partei, sondern das Gericht die cautio durch sein Urteil erbringt. „Durch solche Einrichtung wird der Einlassungszwang, welcher seinem innersten Wesen nach öffentlichrechtlicher Natur ist, das Objekt eines privatrechtlichen Anspruchs, das Urteil, welches, wie der Prozeß im Dienst der Friedensordnung steht und stehen soll, wird zu einer von dieser Beziehung losgelösten cautio“ [7]). So ist Degenkolbs ganze Untersuchung eine Beweisführung dafür, daß es keinen privatrechtlichen Feststellungsanspruch giebt. Er soll Sicherungsanspruch sein und geht nicht auf Sicherheitsleistung des Gegners; das legislative Sicherungsmotiv wird zum Sicherungsrecht erhoben [8]). Er soll im Grunde genommen auf Rekognitiverklärung, Anerkennung, gehen und ist doch kein Recht auf Anerkennung, und durch diese nicht befriedigt. Er hat nach Degenkolbs eigener Erklärung einen wesentlich publizistischen Inhalt; wie kann er privatrechtlich sein? Degenkolbs Feststellungsanspruch ist schlechthin publizistischer Natur [9]).

---

[7]) Einlassungszwang, S. 166, vgl. auch S. 169 ff.

[8]) Mit Recht sagt Weismann, Hauptintervention, Leipzig 1884, S. 79 Note 10: „Sofern die materielle Rechtskraft des Urteils Sicherung gewährt, mag man immerhin die Feststellungsklage als Sicherungsklage bezeichnen, doch ist damit nichts gewonnen.“

[9]) Dieser um diesen Gegenstand durch den Ernst und die Schärfe seiner Arbeit so hoch verdiente Schriftsteller ist der modernen Rechtsentwickelung nicht gerecht geworden; ihn leitete irre die Vorstellung, daß notwendig der Klage der privatrechtliche Anspruch innewohnen müsse, daß das materielle Recht von sich aus die Anwartschaft auf Anerkennung, im Sinne mindestens einer Anwartschaft auf Unterlassung von Genußverkümmerung oder Genußbedrohung, soweit diese durch Bestreiten erfolge, enthalte (S. 59). Statt die sogenannte Anerkennungsklage als das zu erkennen, was sie war, die unentwickelte, schlecht formulierte Feststellungsklage, welche schlechterdings nicht eine obligatio ad agnoscendum oder dergl. zum Gegenstande hatte, war ihm von solchen Prämissen aus die Feststellungsklage zur Anerkennungsklage geworden. Man würde mit nicht minderem Rechte sagen können, daß die rei vindicatio auf Anerkennung des Eigentumsanspruchs, die Darlehnsklage auf Anerkennung des fälligen Darlehnsanspruchs geht.

Digitized by Google

Das Gleiche gilt von der Konstruktion, welche Hellmann versucht hat[10]). Er fragt: „Weshalb sollte denn nicht ein Privatrechtssatz zu denken sein, der bestimmt: aus einem Rechtsverhältnis entstehen: 1) Rechte auf Leistung, 2) das Recht, die Existenz des Rechtsverhältnisses gegenüber dem Verpflichteten in unbestreitbarer Weise festgestellt zu verlangen?" Zwar könne dem letzteren nur durch das rechtskräftige Urteil, nicht durch den Beklagten genügt werden; aber um deswillen bleibe es nicht minder ein subjektives Recht. Allein — subjektives Recht ist nicht subjektives privates Recht. Es giebt auch subjektive öffentliche Rechte, und Hellmanns Feststellungsrecht hat keinen anderen als prozessualen Inhalt. Vergebens bemüht sich dieser Schriftsteller, das Rechtsverhältnis aufzufinden, aus welchem die negative Feststellungsklage fließe. „Die Thatsache der durch ein Individuum bedrohten Rechtssicherheit eines anderen Individuums" soll als ein Rechtsverhältnis anerkannt werden, aus welchem für den Bedrohten sich das Recht ergiebt, die Gefahr abzuwenden. Solch Rechtsverhältnis, wenn es privatrechtlich sein sollte, müßte doch wohl irgend welchen Gehalt von Rechten und Pflichten haben, deren Ausdruck und Verfolgung in der Klage läge. Welche Rechte und Pflichten sind es?[11])

2. Immer zahlreicher werden die Stimmen, welche sich gegen

---

[10]) Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts, München 1886, S. 374 ff.

[11]) Den Anhängern des civilen Feststellungsanspruchs im Sinne der Motive wird gewöhnlich Rocholl (s. Note 32) zugesellt. Und in der That bezeichnet er in Billigung des oben kritisierten Gedankenganges der Motive die Feststellungsklage als Anerkennungsklage, nennt sie ein materielles Klagrecht. Des Näheren aber zeigt sich, daß dieser Schriftsteller beeinflußt durch Degenkolbs Ausführungen dem Feststellungsanspruch einen Inhalt giebt, welcher ganz nach der publizistischen Seite liegt. Er findet denselben in der (seinen Worten nach allerdings „durch das bürgerliche Gesetz gerechtfertigten") Befugnis, die „Einlassung" fordern zu dürfen, „um durch deren Mitwirkung ein Privatrecht zum Gegenstande einer gerichtlichen Verhandlung und Entscheidung zu machen" (S. 109). Diese Einlassungspflicht sei durch die CPO. § 231 erheblich erweitert (S. 110 ff. 113). Aber Einlassungspflicht ist spezifisch prozessual. Das ihr korrespondierende Recht kann also aller gegenteiligen Versicherung unerachtet nur prozessualisch sein.

Digitized by Google

den eigenartigen aus CPO. § 231 abzuleitenden materiellrechtlichen Feststellungsanspruch erklären. Schon lange hatte Windscheid der Präjudizialklage überhaupt den materiellen Anspruchsgehalt verneint. In der neuesten Auflage seines Lehrbuches sagt er: „Will man — in dieser actio — den Ausdruck eines Anspruchs finden, so kann man als Inhalt desselben nur bezeichnen, daß er auf Anerkennung des Bestehenden gerichtet sei. Richtiger erscheint es aber, die actio praeiudicialis lediglich als prozessualisches Gebilde, Anrufung oder Recht zur Anrufung des Richters, aufzufassen, ohne daß dabei irgend ein Anspruch des Gegners zu Grunde läge. Während in der Regel dem Richter die Entscheidung eines zwischen zwei Parteien streitigen Punkts nur insofern obliegt, als ihm dieselbe notwendig ist, um darüber erkennen zu können, ob einer Partei Unrecht geschehen sei, wird hier eine solche Entscheidung von ihm begehrt, ohne daß sich eine Partei über erlittenes Unrecht beklagte. In welchem Umfang ein solches Begehren zulässig sei, ist eine prozessualische, jetzt durch die Reichscivilprozeßordnung erledigte Frage." Mit großer Entschiedenheit hatte Weismann, diesem Gedanken folgend, die Feststellungsklage ausschließlich als prozessualische Institution reklamiert. Er wurde dadurch dahin gedrängt, das Wesen des Feststellungsprozesses in die Prozeßanticipation zu legen. Spätere Forschungen haben ihn davon zurückgebracht; er hat einen privatrechtlichen Feststellungsanspruch anerkannt, auf den ich im weiteren Verlauf der Darstellung zu sprechen kommen werde.

Wenn das Reichsgericht in wiederholten Entscheidungen verschiedener Senate[12]) der Ansicht Ausdruck giebt, daß „der Klaganspruch sich (im Feststellungsprozeß) richte auf Zulassung der Klage und somit

---

[12]) Entsch. d. III. CS. 13. April 1883 Bd. IX S. 337 f., bes. S. 340; V. CS. 25. Januar 1888 in den Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. XXXII S. 1178: „Die Zulassung der Klage und damit die Verpflichtung des Beklagten, sich auf die Verhandlung über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses einzulassen" u. s. w.; auch abgedruckt in der Juristischen Wochenschrift 1888 S. 110.

Digitized by Google

auf die Verpflichtung des Beklagten, sich auf die Verhandlung über das Bestehen oder Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses einzulassen", so wird damit unter dem Einfluß der Theorie des Einlassungszwanges der Feststellungsanspruch zu dem abstrakten publizistischen Klagerecht, der Befugnis des Klägers gestempelt, durch die, dem § 231 der Civilprozeßordnung entsprechende, Behauptung einen Prozeß und ein Urteil über dieselbe herbeiführen zu können. Nur folgerichtig ist es, wenn — wie ich unten zu beleuchten haben werde — die Frage über die Wahrheit der klagfundierenden Interessebehauptung lediglich zur Vorfrage des Prozesses, dem „Vorverfahren" angehörig, zu einer Frage nach der „Zulässigkeit der Klage" gemacht wird.

Mit Ablehnung oder Billigung jener Theorie vom Einlassungszwang wird in diese prozessualische Klagebefugnis das Wesenhafte der Feststellungsklage von allen denen gesetzt, welche erklären, daß der Gegenstand dieser Klage eben nichts anderes sei, als das materielle Recht, der Anspruch, welcher auch der Leistungsklage innewohne, wogegen der sog. Feststellungsanspruch als solcher nur ein prozessualisches Gebilde formalster Natur sei, jedem zugänglich, der nach § 231 der CPO. zu behaupten wage. Die einen sprechen hier noch von Anspruch, Klagerecht; die anderen lassen diese Ausdrücke nicht gelten. Das ist die Meinung von Westerburg[13]), Löning[14]), v. Wilmowski und Levy[15]), Kohler[16]), Ecciu s[17]) u. a. m.[18]).

---

[13]) In den Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts B. XXVI S. 454.

[14]) Die Widerklage, Berlin 1881, S. 188 ff.

[15]) Civilprozeßordnung, 5. Aufl., Berlin 1888, S. 341 unter Berufung auf Westerburg: „Der Anspruch, welcher festgestellt werden soll, ist wesentlich der Anspruch auf das dem Rechtsverhältnisse entsprechende Verhalten (Leistung). Ein anderer Anspruch originiert aus dem Rechtsverhältnisse nicht; die Feststellung ist nur eine zulässige prozessualische Form der Geltendmachung."

[16]) In Grünhuts Zeitschrift Bd. XIV S. 36 ff.

[17]) In seiner Ausgabe des Försterschen Preußischen Privatrechts 5. Aufl. Bd. I Berlin 1887 S. 235.

[18]) So Kayser im Archiv für civilistische Praxis, Bd. LXX S. 460. Schollmeyer in der Zeitschrift f. deutschen Civilprozeß, Bd. XII S. 290. Vgl. auch Sprenger in Bödikers Magazin, Bd. VII S. 76.

Digitized by Google

Auch ich war dieser Ansicht; ich habe sie gegen Degenkolb ausführlich zu verteidigen gesucht[19]). Sie ist im Grunde genommen die alte gemeinrechtliche Lehre, hier und da aufgeputzt mit prozessualer Verbrämung, mit dem Zierat des abstrakten publizistischen Klagerechts, dem Recht auf Einlassung, auf Prozeß und Urteil. Der Grundgedanke ist, daß das Civilrecht die Klagbarkeit der Rechte regle, dieselbe die Regel bilde, das Prozeßgesetz die Formen darbiete, deren sich der Kläger zu bedienen habe. Das Klagerecht, wenn ein solches aufgestellt wird, verlegt man in das subjektive Privatrecht; das dem Kläger günstige Urteil ist das thatsächliche Ergebnis zulässiger Klagbehauptung und glücklichen Beweises für jene.

Nicht weit von dieser Ansicht ist entfernt Weismanns neuerdings in seiner Schrift über die Hauptintervention entwickelte Lehre, nach welcher der Feststellungsanspruch ein Fall des Klagerechts, ein Recht auf die Urteilswirkungen und als solches rein privatrechtlich ist, während das Prozeßrecht zufolge der nach § 231 zulässigen Klagehandlung das Recht auf Urteil schlechthin gewährt und aus dem Zusammenwirken jenes materiellen und dieses formellen Rechtes das günstige Urteil hervorgeht[20]).

Schon an anderer Stelle habe ich Einwendungen gegen diese Ansichten erhoben und in Kürze zur Fundierung der Dogmatik des Civilprozesses verwertet. Ich glaube erkannt zu haben, daß man aus dem Privatrecht und einer prozessualen Klagmöglichkeit oder einem durch deren Benutzung (Klagehandlung) erwachsenden Rechte auf Urteil die Erscheinungen des Rechtslebens zwar äußerlich erklären, aber nicht innerlich, begriffsmäßig erfassen kann. Allerdings läßt die Prozeßordnung die Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses zu, und erreicht der frivole Kläger seinen Zweck, wenn er ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung behauptet und beweist oder Versäumnis

---

[19]) In meiner Abhandlung „Defensionspflicht und Klagerecht" in Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht, Bd. VI 1879 S. 553 ff.

[20]) Vgl. dazu mein Handbuch Bd. I S. 16 Anm. 13.

Digitized by Google

oder Geständnis des Beklagten ihn des Beweises überheben. Aber so sicher er die Feststellung trotz Zulässigkeit seiner Feststellungsklage nicht fordern darf, wenn jenes rechtliche Interesse nicht vorhanden ist, so sicher hat er kraft desselben das Recht auf Feststellung an und für sich auch dann, wenn er durch Verfehlungen im Prozeß oder wegen mangelnden Beweises unterliegt. Er hat es, falls er siegt, nicht auf Grund des Beweises — derselbe ist nicht konstitutiv — sondern weil es ihm vor allem Prozeß zustand; er hat es kraft des außerprozessualen, sein rechtliches Feststellungsinteresse begründenden Thatbestandes. Das ist bei der Leistungsklage nicht anders. Das Recht auf Verurteilung wird durch den Verlauf des Prozesses nicht begründet, wenn auch möglicherweise vereitelt. Der Prozeß ist seiner Idee nach Rechtsschutzform; sein Zweck ist Rechtsverwirklichung, nicht Rechtsbegründung. In der Verwechslung des empirischen und des metaphysischen Begriffs liegt der Grund der bekämpften Unklarheit.

Sonach kann kein Zweifel sein, daß, wenn das Recht, die Feststellung zu fordern, nicht schon Inhalt des privatrechtlichen Verhältnisses ist, es durch die Form der Rechtsverfolgung, durch die Klagmöglichkeit, durch das Recht auf Urteil nicht gewährt wird, sondern anderweitig seine Quelle und sein Wesen haben muß. Wie aber soll jener Inhalt aus dem Privatrecht nachgewiesen werden? Lag er bisher darin? Hat ihn die Civilprozeßordnung hineingetragen? Hat sie die Rechtsstellung der Person, indem sie dieselbe mit der Feststellungsklage bewehrte, in irgend einem Stück verändert? Wir sahen: sie giebt ihr kein Nebenrecht auf Anerkennung, auf Sicherheitsleistung und dergleichen. Bestand ein Rechtsverhältniß zwischen den Parteien, so hat es sich durch den Zuwachs der Feststellbarkeit schlechterdings nicht erweitert. Bestand es nicht, wie soll dann vollends durch das Recht, sich gegen Rechtsanmaßung mit negativer Feststellungsklage zu verteidigen, der privatrechtliche Nexus der Personen gestaltet werden? Solche und andere Erwägungen führten mich auf den Gedanken, daß wir es hier mit einem zwar dem Privatrecht sekundären, aber doch relativ selbständigen, Privat-

Digitized by Google

recht und Prozeß verbindenden öffentlichen Rechte, dessen Inhalt den Anspruch auf den staatlichen Rechtsschutz bilden muß, zu thun haben. Ich stellte den Begriff des Rechtsschutzanspruchs[21]) auf und bezeichnete den Feststellungsanspruch als eine seiner Arten. Ich halte den Begriff aufrecht und glaube, daß er der Schlüssel ist, welcher uns das Grenzgebiet zwischen Civilrecht und Prozeß und das System der Rechtsschutzmittel eröffnet.

II.

Der Feststellungsanspruch ein Rechtsschutzanspruch.

Der Rechtsschutzanspruch ist das Recht auf civilprozessualischen Schutz, auf den Rechtspflegeakt, welcher das Ziel des Prozesses bildet. Er richtet sich an den Staat, welcher den Schutz gewähren soll; er richtet sich gegen den Gegner, dem gegenüber derselbe zu gewähren ist. Er ist publizistischer Natur; er ist nicht der Ausfluß oder Ausdruck des subjektiven Privatrechts. Er ist aber auch nicht jene publizistische Klagbefugnis, die einem jeden offen steht, welcher in den Formen Rechtens behauptet, einen Anspruch auf Rechtsschutz zu haben. Er ist dem civilen Recht gegenüber selbständig in seinen Voraussetzungen, geknüpft an konkrete außerprozessuale Thatbestände, selbständig in den subjektiven Beziehungen, in seinem Inhalt, in seiner Befriedigung. Er ist der unmittelbare Gegenstand des Civilprozesses. Diese Sätze sollen im folgenden begründet werden.

1. Der Rechtsschutzanspruch oder — wie wir auch zu eng sagen — das Klagerecht ist nicht das subjektive Privatrecht, geschweige denn der civilistische Anspruch. Auf diesen Gedanken mündete der Schluß des ersten Stückes dieser Abhandlung aus. Aber er bedarf stärkeren Beweises, denn er tritt der Überlieferung direkt entgegen. Lehrt doch neuestens wieder einer der angesehensten Civilisten: „Das Klagerecht ist — nicht etwas Selb-

[21]) In meinem Handbuch Bd. I S. 19 ff.

Digitized by Google

ständiges, außer dem Recht Stehendes. Es wohnt dem Recht inne. Das Klagerecht bildet eine Eigenschaft des Rechtes, aber das Recht geht nicht in ihm auf. Es giebt ihm die Gewähr, es ist das Mittel, welches seine zwangsweise Verwirklichung vorbereitet[22])". Aber gleichzeitig versichert uns derselbe Schriftsteller, daß das Klagerecht keineswegs das zu schützende Recht notwendig voraussetze, sondern im Gegensatz dazu auch durch „rechtliches Interesse" begründet werde. Wie kann also zu seiner Wesenhaftigkeit gehören, eine Eigenschaft des Rechts zu sein? Und weiter erfahren wir, daß das Klagerecht nicht schon mit dem zu schützenden Recht gegeben sei, sondern daß zu diesem noch ein Weiteres hinzutreten müsse, um jenes zur Entstehung zu bringen: nämlich „das Bedürfnis eines Schutzes durch richterliches Urteil". Aber wie kann etwas die Eigenschaft eines Dinges oder ihm immanent sein und doch noch nicht mit dessen Existenz Bestand haben? Und endlich soll, wie wir hörten, das Klagerecht das „Mittel" sein, welches dem Recht Gewähr giebt und zwar ein Mittel, welches ihm erst im Bedürfnisfalle dienstbar wird: und doch soll dieses Mittel der Rechtsgewähr zugleich Eigenschaft des Rechts sein, also dieses sich durch sich selbst Bewähren, während es in sich selbst noch nicht das erforderliche Mittel hat.

Sicherlich würden solche und ähnliche Definitionen des Klagerechts sich nicht so lange behauptet haben, wenn es nicht üblich gewesen wäre, bei dieser Frage nur die sog. Leistungsklage, die Verfolgung des befriedigungsbedürftigen civilen Anspruchs in den Mittelpunkt der Beobachtung zu stellen. Bei ihr scheint es in der That, als wenn das Recht das Klagerecht ganz in sich trüge, zumal man sich berechtigt glaubte, die prozessualische Seite außer Betracht

[22]) Dernburg, Pandekten, Bd. I § 127. Vgl. v. Wächter, Pandekten, hrsg. durch O. v. Wächter, Bd. I, Leipzig 1880, § 98: „Klagrecht ist daher nicht ein besonderes Recht für sich, sondern nur ein Teil des Inhalts, ein Bestandteil desjenigen Rechts, zu dessen Schutz die Klage dient. Ein Klagrecht läßt sich daher nicht denken ohne ein Recht, das durch die Klage geltend gemacht werden soll, und welches die Grundlage bildet, von der die Klage ein Ausfluß ist."

Digitized by Google

zu lassen, zu ignorieren, daß die Klage sich auf den Staatsakt richtet. Denn der befriedigungsbedürftige Anspruch ist als solcher auch der Regel nach der schutzbedürftige. Und doch bieten sich schon hier Erscheinungen dar, welche hätten stutzig machen müssen. Das Rechtsschutzsystem stellt für den befriedigungsbedürftigen Anspruch verschiedene Schutzmittel auf: zur Entscheidung, zur Vollstreckung und zur Sicherung. Die Entscheidung kann gesucht werden auf dem Wege des ordentlichen oder eines summarischen Verfahrens (des Urkunden- und Wechselprozesses), die Vollstreckung nur auf Grund eines Vollstreckungstitels, die Sicherung im Falle des Arrestgrundes oder eines Grundes für einstweilige Verfügung. Von jenem bekämpften, in der gemeinrechtlichen Theorie ausgebildeten Klagerechtsbegriff aus versuchte ein so scharfer Denker wie Briegleb folgerichtig das ius paratae executionis in das Aktionenrecht einzureihen[23]); er meinte, daß im Ordinarium und im Summarium ein aliud ius, „ein Anspruch von anderer rechtlicher Bedeutung" verfolgt werde; denn allerdings ist hier verschiedenes Klagerecht — darüber kann kein Zweifel sein. Ist also das Klagerecht „Eigenschaft" des materiellen Rechts, des Anspruchs, dann ist hier verschieden geeigenschafteter privatrechtlicher Anspruch. Ich glaubte schon im Jahr 1868 widersprechen zu sollen[24]), jetzt habe ich die Freude, diesen Widerspruch auf breiter wissenschaftlicher Basis durch Stein in seiner Monographie über den Urkundenprozeß ausgeführt zu sehen. Urkundenklage und ordentliche Klage bedeuten Verschiedenheit des Rechtsschutzes und damit der Schutzwehr, nicht Verschiedenartigkeit des zu schützenden Rechts. Das hat man denn auch für die prozessuale Wechselstrenge lange erkannt; sie ist nicht Inhalt oder Eigenschaft der Wechselobligation, sondern besondere dem Berechtigten gewährte Rechtsschutzform. Daher beurteilt sie sich, wie das ius paratae executionis überhaupt nicht nach der lex rei, sondern nach der lex fori.

---

[23]) In seiner Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse, Leipzig 1859, S. 344 ff.

[24]) Der italienische Arrestprozeß, Leipzig 1868, S. 168 Anm. 4.

Digitized by Google

Fast deutlicher noch tritt die Selbständigkeit des Rechtsschutzanspruchs heraus im Vollstreckungs- und Arrestanspruch. Man wird nicht bestreiten können, daß der vollstreckbare Darlehnsanspruch nicht anders geeigenschaftet ist, als der noch nicht vollstreckbare. Die Vollstreckbarkeit ist nichts ihm an und für sich Zukommendes. Er ist das präsente Recht auf das Dare von certa pecunia oder certa quantitas rerum fungibilium auf Grund des Darlehns und modifiziert sich in keinem Stück, wann er vollstreckbar wird, weil etwa die Kontrahenten das pactum executivum des § 702 Nr. 5 eingingen, oder weil das richterliche Urteil ihm die vorläufige Vollstreckbarkeit beilegte. In ersterem Fall stehen dem Berechtigten die Formen des ordentlichen Prozesses, des Urkundenprozesses und des Vollstreckungsverfahrens offen. Diese Schutzrechte sind nicht dem Darlehnsanspruch immanent, sind nicht sein Ausfluß, sondern sind ihm durch das Prozeßrecht dienstbar gemachte Nebenrechte. Wenn es fürderhin der Exekutivklausel des § 702 Nr. 5 die Vollstreckbarkeit versagen sollte, wird dadurch in das erworbene Civilrecht nicht eingegriffen und doch sofort allen bestehenden derartigen Urkunden die Eigenschaft als Vollstreckungstitel entzogen[25]).

Das Arrestrecht giebt dem gefährdeten Gläubiger den Anspruch auf staatlichen Sicherungsakt. Ich glaubte seiner Zeit darin ein accessorisches Kautionsrecht sehen zu müssen, unerachtet meiner damaligen bereits berührten Polemik gegen Briegleb[26]). Ich hatte den Begriff des Rechtsschutzanspruchs noch nicht erfaßt. Allseitig ist man, soviel ich sehe, heute darüber einig, daß hier nur ein prozessualisches Sicherungsrecht gewährt wird, ein Anspruch auf staatlichen Rechtsschutz in Form des Arrestes. Man hat klar unterschieden zwischen dem materiellen Recht auf Sicherheitsleistung bei bedingten Ansprüchen und der im Gefährdefalle entstehenden Arrestberechtigung. Die letztere ist dem bedingten Anspruch an sich ver-

---

[25]) Vgl. mein Handbuch Bd. I S. 123, 212.

[26]) Das habe ich in der oben, Note 24 angeführten Schrift nachzuweisen gesucht.

Digitized by Google

sagt, kann also nur eintreten, wenn ihm das materielle Kautionsrecht zukommt, zum Schutze des letzteren. Daher hat man weiter keinen Anstand genommen, den Arrestextrahenten der Anfechtungsklage nach der Konkursordnung § 23 Nr. 2 bei an sich ausreichend gewesenem Arrestgrund zu unterwerfen. Er hatte im Sinne dieses Gesetzes Sicherung nicht „zu beanspruchen"; denn das Gesetz denkt nur an den materiellen Anspruch. Der Arrestanspruch ist kein dem materiellen Recht immanentes, noch ihm beigefelltes accessorisches Klagerecht im Sinne des civilen Nebenrechtes, sondern ein ihm dienender Rechtsschutzanspruch publizistischer Natur.

Aber kehren wir zum einfachen Entscheidungsanspruch, dem Klagerecht, welches die Civilisten, die diesen Gegenstand besprechen, gewöhnlich nur im Auge haben, und zwar zum Anspruch auf rechtskräftige Verurteilung im Gegensatz zur „Feststellung" zurück, so muß selbst bei ihm die Vermischung von civilem Recht, materiellem Anspruch und Klagerecht bei näherem Zusehen auffallend genug erscheinen. Das Axiom, von dem wir in dem heutigen Rechtszustande auszugehen haben, ist der Satz: alles, was das Civilrecht, die gesetzliche Ordnung des Gemeinschaftslebens der einzelnen untereinander will, das muß, weil das Gesetz es will und wie das Gesetz es will, durchsetzbar sein. Die subjektiven Rechte müssen sich ihrem Inhalt und der ihnen zugedachten Kraft nach bewähren können. Habe ich das Recht, *fordern* zu dürfen, so muß diese Forderung erzwingbar sein; habe ich nur das Recht, im gegebenen Fall zu behalten, aufzurechnen, so genügt es, wenn ich zur Abwehr des gegnerischen Angriffs stark gemacht werde. Dazu soll uns unsere Rechtsschutzordnung verhelfen. Was wir Klagbarkeit, Erzwingbarkeit nennen, ist nur der Ausdruck für die Bejahung des unverkümmerten, des bewährungsfähigen Rechtes auf ein bestimmtes Verhalten, eine Leistung des Verbundenen, und giebt keinen Aufschluß über Maß und Art der Bewährung, des Zwanges. Der Erkenntnis dieser einfachen Wahrheit hat niemand mehr gedient als *Windscheid*. Er hat dem Begriff des Anspruchs gegen die für unser Recht unverwendbare actio den Platz erobert. Die actio nata

Digitized by Google

wich dem fälligen Anspruch, die Klagverjährung der Anspruchs-Verjährung. Windscheid hat den ersten und entscheidenden Schritt gethan, um unseren Begriff des subjektiven Privatrechts zu reinigen von dem aktionenrechtlichen prozessualen Element. An der Stelle, wo er den Gegensatz von actio und Anspruch bespricht, sagt er: „Man darf nicht sagen, die römische actio sei unser Anspruch; in dem Begriffe actio wird ein Element mitgedacht, welches in unserem Begriffe Anspruch nicht enthalten ist, das Element des Gerichts, des gerichtlichen Gehörs und des gerichtlichen Schutzes, der Möglichkeit der Erlangung richterlicher Zuerkennung für das Begehren, welches man hat." Und weiter: „Was wir Rechtsanspruch nennen, ist den Römern Gerichtsanspruch." Wir alle wissen, daß diese Auffassungsweise der Römer mit dem Entwickelungsgange ihres Rechtes in foro zusammenhängt. Wir wissen, daß sie für unser Recht nicht paßt. Wir haben ein System der Rechte, nicht der Aktionen, und daneben haben wir ein durch unsere Rechtspflegeordnung bestimmtes System der Schutzrechte. Wenn wir nichtsdestoweniger in unseren systematischen Darstellungen des Pandektenrechts noch eine Masse spezifisch aktionenrechtlichen Stoffes fortführen, so übt darin das römische Recht auf uns seinen traditionellen Bann. Aus ihm haben wir die Gewöhnung, das Recht noch immer in der Kampfesstellung, in der Rüstung der Schutzform zu denken. Das neueste Pandektenwerk ist dafür ein sprechender Beleg; wir finden in ihm die verschiedenen prozessualischen Schutzformen als privatrechtliche Materie behandelt: die Feststellungsklagen, den Arrest, die einstweiligen Verfügungen, die summaria cognitio[27]). Diese Systematik würde es gestatten, den ganzen Prozeß im Privatrecht aufgehen zu lassen. Mit solcher fest gewordenen Gewöhnung zu brechen ist um so schwieriger, als eine gewisse Berechtigung, im Civilrecht auch der prozessualischen Bewährung zu gedenken, nicht zu bestreiten ist. Immerhin sind die Schutzrechte Nebenrechte im Dienste und zu Nutzen des civilen Rechts. Aber durchaus frei

[27]) Wendt, Lehrbuch der Pandekten, Jena 1888.

Digitized by Google

machen müssen wir uns von der Vorstellung, sie seien sein Inhalt, Bestandteil, eine seiner Seiten, seine Funktion. Zur Begründung noch folgendes.

Wollten wir zugeben, daß die Bewährungskraft, die Erzwingbarkeit Eigenschaft des Rechtes sei, so müßte doch gesagt werden, daß Erzwingbarkeit nicht Klagbarkeit ist. Es giebt klagbare Rechte, die nicht im vulgären Sinne erzwingbar sind und erzwingbare, denen die Klagbarkeit oder doch zeitweise die Klagbarkeit in der Form des ordentlichen Prozesses fehlt. Letzteres, wenn die Parteien durch Schiedsvertrag die Verfolgung auf dem Rechtswege ausgeschlossen haben, oder wenn die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Gemeinschuldners den Gläubigern den Weg des Sonderprozesses verschließt. Und was hat die Feststellungsklage mit der Erzwingbarkeit zu thun? Das sog. naturale, für gewöhnlich als klaglos bezeichnete Recht, ist solches heutzutage nicht mehr. Es kann der Gegenstand der positiven oder negativen Feststellungsklage sein. Und wie kann die Klage den Inhalt z. B. des persönlichen Anspruchs bilden, wenn dieselbe nicht nur zwischen den Subjekten des obligatorischen Rechtsverhältnisses, sondern gegen Dritte gegeben wird? Und doch geschieht das. Die Obligation genießt Rechtsschutz in Form der Feststellungsklage gegen Dritte, wenn deren Rechtsprätension das rechtliche Feststellungsinteresse begründete; sie genießt ihn in der Form der Hauptintervention (CPO. § 61), in der Form der gegen den pfändenden Gläubiger gerichteten Vollstreckungsintervention (CPO. § 690), in der Form der Aussonderungsklage im Konkurse. Indem das Prozeßgesetz in allen diesen Fällen der Forderung Rechtsschutzwege eröffnet, welche früher zum Teil unbekannt waren, hat es ihren Inhalt, die Bestandteile der Obligation schlechthin unberührt gelassen, oder man müßte annehmen, es sei derselben eine Art dinglichen Charakters beigelegt. Ich verweile einen Augenblick bei den beiden letzterwähnten Fällen. Die Widerspruchsklage oder Aussonderungsklage des Deponenten oder Kommodanten kann aus dem Wesen und Inhalt ihrer Rechte an und für sich nicht abgeleitet werden. Denn würde der Schuldner die hinterlegte oder geliehene

Digitized by Google

Sache veräußert oder verpfändet haben, so stände dem Deponenten oder Kommodanten als solchem gegen den Erwerber oder Pfandnehmer keine Klage zu. Aber das Prozeßrecht eröffnet sie ihm in dem eigenartigen Rechtsschutzmittel des Widerspruchs gegen die Spezial- oder General-Exekution, indem es nicht will, daß die staatliche Zwangsgewalt Mithilfe leiste bei einem widerrechtlichen Akt. Denn berechtigt ist nur die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners, und als ein zur Entziehung der Sache aus der Exekution, insbesondere dem Pfandnexus, durch sein rechtliches Interesse hinlänglich legitimirter Dritter erscheint der Deponent oder Kommodant jedenfalls. Daher soll er sich hemmend (§ 696 Abs. 3, 688 Abs. 1) in die Vollstreckung mischen können und des eigenartigen Rechtsschutzes der Interventionsklage teilhaftig werden[28]).

Vollends unmöglich und unbegreiflich ist die Theorie von der Immanenz des Klagerechts im subjektiven Privatrecht, wenn Klagerechte unabhängig von subjektiven, durch sie zu schützenden Privatrechten bestehen. Daß sie bestehen, kann angesichts der negativen Feststellungsklage heute von niemand mehr bestritten werden.

2. Der Rechtsschutzanspruch ist ein relativ selbständiges, der Aufrechterhaltung der konkreten Privatrechtsordnung dienendes und daher sekundäres Recht und selbständig in seinen Voraussetzungen.

Die Selbständigkeit seiner Voraussetzungen bedarf kaum noch des Beweises. Die Voraussetzungen der Feststellungsklage werden unten näher untersucht werden. Nur einige allgemeine Bemerkungen mögen hier Platz finden. Voraussetzung jedes Rechtsschutzanspruchs ist das berechtigte Rechtsschutzinteresse, das vom Gesetz anerkannte Bedürfnis nach Schutz in der Form bestimmten Rechtspflegeaktes.

---

[28]) Mit dieser Ausführung ist nichts darüber entschieden, ob nach Maßgabe des § 231 dem Deponenten oder Kommodanten, oder bei Forderungspfändung dem durch sie bedrohten wahren Gläubiger nicht auch der Rechtsschutz in selbständiger Feststellungsklage zusteht. Vgl. dazu das Urteil des VI. CS. des Reichsgerichts vom 10. März 1887 in Seuffert, Bd. XLII Nr. 187. Im übrigen s. über dasselbe unten Note 85.

Digitized by Google

Der durch unsere Rechtspflegeordnung anerkannte zweifache Schutzzweck: Bewährung vorhandenen und Abwehr angemaßten Rechts scheidet den positiven und negativen Schutzanspruch. Mit diesem wird kein eigenes Recht verfolgt; seine Form ist die negative Feststellungsklage. Dagegen fußt der positive Schutzanspruch stets auf eigenem Rechte, findet also in ihm die eine seiner Voraussetzungen. Die andere liegt im Schutzinteresse. Dieses ist beim befriedigungsbedürftigen Recht mit dieser Befriedigungsbedürftigkeit, welche gleichbedeutend ist mit der Anspruchsexistenz (dem unbedingten, unbetagten Anspruch) gegeben. Der gegenwärtige rechtswidrige Zustand muß aufgehoben und in den rechtmäßigen gewandelt werden können. Das geschieht durch die Vollstreckung. Aber Anspruchsbestand ist nicht Vollstreckungstitel. Demnach muß der besondere das Vollstreckungsrecht begründende Thatbestand (Vollstreckungstitel) hinzutreten, um den spezifischen Vollstreckungsanspruch zu begründen. Der Hauptfall ist das rechtskräftige Urteil; daher schafft Befriedigungsbedürftigkeit zugleich den Urteilsanspruch. Aber letzterer ist nicht nur um des Vollstreckungstitels willen, also nicht von nur mittelbarem Wert, andernfalls würde die Verurteilung nicht gefordert werden können, wenn man bereits im Besitze eines Vollstreckungstitels z. B. nach § 702 Nr. 5 ist, und der Prozeß sein Ende finden mit dem Gewinn des vorläufig vollstreckbaren Urteils. Das berechtigte Entscheidungsbedürfnis und der Entscheidungsanspruch bestehen neben dem Vollstreckungsanspruch; sie haben die von ihm unabhängige Tendenz der unantastbaren Rechtsfeststellung. Die Rechtsgewißheit ist von selbständigem Wert. Auch der, welcher Vollstreckung hat oder haben kann, darf fordern, sie unwiderruflich, rechtskräftig zu haben. Daher begründet der befriedigungsbedürftige Anspruch auch dann das Recht auf unerschütterliche (rechtskräftige) Bejahung (Verurteilung), wenn der Beklagte ihn nicht bestreitet, oder unbefriedigt läßt, und deshalb genügt sein Anerkenntnis im Prozesse nicht, um die Verurteilung abzuwenden; denn wir kennen keine Rechtskraftswirkung des Anerkenntnisses. Andererseits kann — wie sich von selbst versteht — von einem Verurteilungsanspruch dann nicht

Digitized by Google

die Rede sein, wenn die Klage bereits die Rechtskraft für sich hat (exceptio rei iudicatae), oder das befriedigungsbedürftige Recht aufgehört hat, ein solches zu sein, mit andern Worten, wenn es erfüllt ist.

Die Selbständigkeit des Anspruchs auf rechtskräftige dem Kläger günstige Entscheidung ist zum vollen Durchbruch gelangt mit der ungeschmälerten Anerkennung der Feststellungsklage. Das später zu erörternde Feststellungsinteresse giebt Entscheidungsanspruch, welcher, weil eben Anspruch auf rechtskräftige Feststellung, durch das Anerkenntnis im Prozeß ebensowenig abgewendet werden kann, wie der Verurteilungsanspruch. Beim positiven Feststellungsanspruch tritt neben das Feststellungsinteresse die Rechtsexistenz als zweite selbständige Voraussetzung des Entscheidungsanspruchs, während wiederum beim befriedigungsbedürftigen Rechte der eigenartige Anspruch auf Verurteilung unter Einschränkung der Kognition auf sofort und in bestimmter Weise beweisbare Rechtsbehelfe (Urkunden-Wechselprozeß) ebenfalls seine selbständigen Voraussetzungen hat[29]). Und daß sich der Arrestanspruch auf besonderes Schutzinteresse gründet, brauche ich hier nicht weiter auszuführen.

Die Voraussetzungen des Schutzanspruchs gehören der Sachverhandlung und Sachentscheidung im Prozesse an, wie jener selbst den eigentlichen Gegenstand desselben bildet. Ob der geforderte Rechtsschutz zu gewähren sei, ob er, die Wirklichkeit des zu schützenden Rechts vorausgesetzt, diesem zukomme, ist nicht Frage der Zulässigkeit des Prozesses, sondern die Frage des Prozesses[30]). Ein prägnantes Zeugnis der auf diesem Gebiete herrschenden Unklarheit ist die vielfach verteidigte gegenteilige Behauptung. Sie ist mit Vorliebe für die Feststellungsklage aufgestellt worden. Man erklärt das Feststellungsinteresse für eine Prozeßvoraussetzung, eine Klagvoraussetzung, von welcher die Zulässigkeit der Klage abhängt[31]).

[29]) Hierzu sind zu vergleichen die Ausführungen Steins a. a. O. S. 95—138. Sie überheben mich des weiteren Beweises.

[30]) Vgl. Stein a. a. O., besonders S. 65 ff. 98 ff.

[31]) Seuffert, Civilprozeßordnung, für das deutsche Reich (4. Aufl.),

Digitized by Google

Und wer den Feststellungsanspruch auffaßt als Recht auf Einlassung, ihn also an die Pforte des Prozesses stellt und von seiner Bejahung abhängig macht, daß sie sich dem Kläger öffne, der hat damit ebenfalls dem Feststellungsinteresse die Beziehung auf den Klaggegenstand entzogen[32]). So steht das Reichsgericht in den oben S. 11 fg. angeführten Entscheidungen. Es verweist das Feststellungsinteresse in das „Vorverfahren, welches die Zulässigkeit der Klage zum Gegenstande habe" und trennt von ihm das „Hauptverfahren, welches die Verhandlung über das Bestehen oder Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses befasse".

Die Frage ist von kardinaler Natur. An ihr muß sich die Richtigkeit der einen oder anderen Anschauung bewähren. Ist in der That der Streitgegenstand des Feststellungsprozesses, also der Gegenstand der Sachverhandlung und Sachentscheidung, lediglich das festzustellende Rechtsverhältnis oder wohl gar der materielle Anspruch, und doch ein materieller, auf dem Feststellungsinteresse ruhender Feststellungsanspruch überhaupt nicht vorhanden, so kann es ja nicht anders sein: es muß das Feststellungsinteresse Voraussetzung des Prozesses (iudicium), der Zulässigkeit der Klage sein. Daß es solche nicht ist, kann unwiderleglich bewiesen werden[33]).

Die Feststellungsklage ist zulässig, wenn — von anderen prozessualen Erfordernissen (Prozeßvoraussetzungen) abgesehen — in einer dem § 231 der C. P. O. entsprechenden Weise behauptet wird. Dann ist gültige, rechtswirksame, den Prozeß begründende Klage da. Der Beklagte verhandelt zur Hauptsache, läßt sich ein, wenn er die Abweisung des Feststellungsantrags fordert, weil das Feststellungsinteresse mangelt. Es treten damit alle Wirkungen der

---

Nördlingen 1888 S. 286. M. E. hätte er von seiner gereinigteren Auffassung des Klagerechts aus zum richtigen Schlusse kommen müssen. Vgl. mein Handbuch I S. 23 Anm.

[32]) Rocholl (Rechtsfälle aus der Praxis des Reichsgerichts, Bd. II. Breslau 1885 S. 101 ff.) ist in dieser Lage, aber er ist nicht konsequent; er behandelt doch das Feststellungsinteresse als Bestandteil des Klaggrundes.

[33]) Und wird denn auch von vielen Seiten angenommen: so von Kohler, Weismann, Franke u. a. m.

Digitized by Google

Einlassung ein. Der Kläger kann nicht mehr die Klage einseitig zurücknehmen, die prorogatio fori hat sich vollzogen, die verzichtbaren prozeßhindernden Einreden sind verloren. — Der Beklagte muß sich auf die in angegebener Weise tadellos *behauptete* Klage einlassen. Ohne Vorprüfung der Wirklichkeit des Feststellungsinteresses ergeht gegen ihn das Versäumnisurteil. Es wird der Klagantrag verneint, d. h. in der Sache absolutorisch entschieden, nicht die Entscheidung über den Klagantrag abgelehnt, wenn das Feststellungsinteresse verneint wird. Denn der Klagantrag ist Rechtsschutzbegehren. Er lautet als positiver Feststellungsantrag auf „*Feststellung*, daß ein Rechtsverhältnis bestehe"; er wird verneint ebenso sehr durch Nichtfeststellung, wie durch Feststellung, daß das Rechtsverhältnis nicht bestehe; gleicherweise wird der Antrag auf Verurteilung zu einer Leistung verneint durch Verneinung der Leistungspflicht, wie durch Nichtverurteilung ohne Entscheidung über die Leistungspflicht: vorausgesetzt, daß hier wie dort das Nichtverurteilen bez. Nichtfeststellen die Verneinung des Schutzbedürfnisses ist. Das ist angesichts der Leistungsklage beispielsweise der Fall, wenn der Beklagte sich auf die exceptio rei secundum actorem iudicatae oder auf einen Schiedsvertrag beruft. Logisch korrekt wird die Frage des Schutzbedürfnisses vor der materiellen Rechtsfrage gestellt. Wenn jenes fehlt, darf über diese nicht entschieden werden[34]). Das heißt aber nicht: der Prozeß über diese ist nur „zulässig", wenn Schutzbedürfnis vorliegt. Denn Prozeß über materielles klägerisches Recht ist immer nur Prozeß über behauptetes schutzbedürftiges und schutzberechtigtes Recht; andernfalls wäre das, was sich Prozeß nennt, nur freiwillige Gerichtsbarkeit. Daher entscheidet über den Prozeßgegenstand, wer in seiner Entscheidung entweder das berechtigte Schutzbedürfnis oder das zu schützende Recht verneint. Aber jenes

[34]) *Rocholl* a. a. O. S. 141 billigt, daß die Feststellung ausgesprochen werde, „sobald bei der ersten Verhandlung sich das Bestehen oder Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses selbst als unrichtig ergiebt". Die Interessenfrage dürfe übergangen werden. Sonach würde die Feststellung erreichen der Kläger, welcher ein Feststellungsinteresse nicht hat.

Digitized by Google

soll er vor diesem prüfen. Daher darf, wenn bei erhobener Leistungsklage sich ergiebt, daß das klägerische Recht zwar besteht, aber nicht als fälliges besteht, die Feststellung desselben in dieser Beschränkung nicht erfolgen, denn es fehlt das Schutzinteresse. Der Anspruch wird abgewiesen, ohne daß rechtskräftig über das betagte oder bedingte Recht als solches entschieden wird[35]).

3. Der Rechtsschutzanspruch ist publizistischer Natur, gerichtet einerseits gegen den Staat, andererseits gegen den Gegner. Jener soll den Rechtsschutz, die Rechtspflegehandlung gewähren, dieser sie dulden.

Im Rechtsschutzanspruch ist die Brücke geschlagen vom Privatrecht zum Prozeß. In ihm empfängt jenes seine publizistische Kräftigung. In ihm setzt der Staat sich selbst als Garantie und Schutzwehr des Privatrechts. Wir haben gesehen: diesem tritt zur Seite das Recht auf Verurteilung, auf Feststellung, auf Vollstreckung, auf Sicherheitsmaßregel. Wer anders kann der zur Gewähr Verpflichtete sein, als der Staat, von dem allein der Rechtsschutz ausgeht? Ihn ruft der Kläger an mit seinem Antrag, und was er fordert, ist nicht Gnade, nicht Willkürakt, sondern sein Recht. Es ist sein Recht, daß der Beklagte ihm verurteilt, gegen ihn Zwangsmaßregel verhängt werde u. dergl. Aber, wendet man ein, es giebt keinen Anspruch gegen den Staat auf Grund der Prozeßordnung. Ich selbst habe mir früher diesen Einwand gemacht und ihn nicht zu entkräften vermocht. Neuestens haben ihn andere erhoben.

Man hält mir entgegen: „Die Einrichtung der Gerichtsbarkeit beruht auf der Thätigkeit des Staates. Sie ist geordnet durch Normen des öffentlichen Rechts. Diese Normen gebieten dem Staat und dem Richter, unter bestimmten, keineswegs das Dasein privatrechtlicher Ansprüche in sich schließenden Voraussetzungen und in bestimmten Formen den staatlichen Rechtsschutz zu gewähren. Indem diese Normen befolgt werden, tritt der Rechtsschutz in die Erscheinung,

---

[35]) Er darf nicht „zur Zeit" mit der Wirkung solcher rechtskräftigen Feststellung abgewiesen werden.

Digitized by Google

ohne daß es auf das Vorhandensein von Ansprüchen irgendwie ankommen kann[36])." Aber wenn die Normen dem Staat gebieten und doch offenbar zu Gunsten und im Interesse des Schutzbedürftigen gebieten, unter bestimmten Voraussetzungen „den staatlichen Rechtsschutz zu gewähren", weshalb soll dann nicht von einer selbstgesetzten Schutzverpflichtung des Staates und demnach von einem Schutzanspruch gegen ihn gesprochen werden dürfen? Ja, müssen wir nicht unter diesen Umständen den Begriff aufnehmen? — Von anderer Seite wird das energischer und grundsätzlicher bekämpft. „Die Parteien", sagt Kohler[37]), „haben ebenso wenig einen Anspruch gegen das Gericht, als die Bürger überhaupt gegen den Staat auf Vollziehung der Staatsthätigkeit, auf Erfüllung seiner staatlichen Aufgaben; wenn man hier von Anspruch reden will, so darf man es nicht im juristischen Sinne thun, — schließlich müßte man noch von einem Anspruch auf polizeilichen Schutz, auf frische Luft, auf Reparatur der Stadtmauern, auf Vertilgung der Reblaus handeln." „Wenn der Staat Recht spricht, so erfüllt er die vernünftige Aufgabe der Menschheit, ebenso, wie wenn er straft, oder, wie wenn der Vater sein Kind züchtigt, oder die Gemeinde für gute Zufahrtsstraßen sorgt."

Es sei ferne von mir, das freie Atmen, die Anwartschaft auf polizeilichen Schutz u. dergl. als subjektives Recht zu denken. Ich selbst habe mich so entschieden wie möglich gegen so abwegige Vorstellungen erklärt. Aber ist damit das Anrecht auf die Rechtsschutzhandlung auf gleiche Stufe zu stellen? Wer freilich glaubt, alles und jedes öffentliche Recht des Einzelnen gegenüber dem Staate leugnen zu dürfen, der ist auch hier schnell mit der Antwort fertig. Aber der Schriftsteller wenigstens, von dem die letztzitierten Worte herrühren, sollte so nicht denken. Er giebt uns folgende

---

[36]) Fischer in seiner Rezension meines Handbuches in der Zeitschrift für deutschen Civilprozeß Bd. X S. 428 ff. Seinen Ausführungen im einzelnen nachzugehen, ist nicht erforderlich. Die gegenwärtige Abhandlung ist die Antwort auf sie. Vgl. gegen ihn auch Stein a. a. O. S. 45 ff.

[37]) Der Prozeß als Rechtsverhältnis, Mannheim 1888 S. 13.

Digitized by Google

Definition von Anspruch: „die präsente Befugnis, von einem andern eine Thätigkeit oder das Ablassen von einer Thätigkeit zu begehren“ [38]). Ist nun etwa solche Befugnis nicht vorhanden, wenn man kraft des Vollstreckungstitels den Vollstreckungsakt, kraft der CPO. § 796 die Anordnung des Arrestes, kraft des Feststellungsinteresses die Feststellung fordern darf? Kommt diese Forderung nicht als eigenstes Recht dem Interessenten zu? — Auch widerlegt sich Kohler selber, wenn er sagt, man dürfe sich gegen ihn nicht auf das öffentliche Wahlrecht und „Ähnliches“ beziehen, denn bei der Zulassung der Wahl handele es sich nicht um das Staatsinteresse (mindestens nicht in erster Reihe), sondern um die Mitwirkung der einzelnen an der Staatsregierung [39]). Anderes beiseite, möchte ich fragen, ob es sich denn in erster Linie um das Staatsinteresse handelt, wenn Hinz oder Kunz ihre Habseligkeiten einklagen? Erschöpft sich das allgemeine Interesse hier nicht eben darin, daß den Rechtsschutzinteressenten das Anrecht auf die Staatshilfe eingeräumt wird? Indem der Staat sie eröffnet, legt er sich die Selbstbeschränkung, die Pflicht auf, welche er als Träger der Rechtsordnung und Feind der gewaltthätigen Selbsthilfe, und zwar den Privatrechtsinteressenten gegenüber, auf sich nehmen muß. Um der Vernunftmäßigkeit seines Wollens und Handelns willen bleibt ihm hier keine Wahl. Daher sprechen wir von schnöder Rechtsverweigerung, wenn dem Kläger der Rechtsweg verschlossen wird. Sein Recht ist der durch die Rechtsordnung zugesicherte Rechtsschutz; ohne ihn ist alles Privatrecht leerer Rauch und Schall. Das springt besonders deutlich in die Augen dort, wo das private Recht in dem richterlichen Urteil seine unmittelbare Befriedigung empfängt [40]), oder wohl gar ausschließlich in dieser Form befriedigt und verwirklicht werden kann, wie das bei der Scheidung oder Ungültigkeitserklärung der Ehe der Fall ist.

---

[38]) In seiner Abhandlung in Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, Bd. XIV (1887) S. 9 ff.

[39]) Prozeß als Rechtsverhältnis S. 13 ff. Anm. **.

[40]) Vgl. solche Fälle in meinem Handbuch Bd. I S. 12.

Digitized by Google

Damit hat das Pflichtenverhältnis des Richters zum Staate nichts zu thun. Es ist spezifisch staatsrechtlicher Natur und ruht auf der Anstellung. Der Partei tritt der Richter lediglich als Organ des Staates gegenüber. Wenn hier also überhaupt Pflichten zu erfüllen sind, so sind es solche des Staates gegenüber der Partei[41]). Daß sie des Zwangsapparates entbehren, liegt in der Natur der Sache. Der Staat kann nicht gezwungen werden: hier bedarf es auch des Zwanges nicht, denn der Staat ist das lebendige Recht[42]). In den verfassungsmäßigen Sätzen über die Unabhängigkeit der Rechtspflege, den Ausschluß der Kabinetsjustiz liegen die heiligen Garantieen für die Erfüllung seiner Rechtsschutzpflichten. Immerhin spricht die Reichsverfassung Art. 77 deutlich: „Wenn in einem Bundesstaate der Fall einer Justizverweigerung eintritt und auf gesetzlichen Wegen ausreichende Hilfe nicht erlangt werden kann, so liegt dem Bundesrate ob, erwiesene, nach der Verfassung und den bestehenden Gesetzen des betreffenden Bundesstaates zu beurteilende Beschwerden über verweigerte oder gehemmte Rechtspflege anzunehmen, und darauf die gerichtliche Hilfe bei der Bundesregierung, die zu der Beschwerde Anlaß gegeben hat, zu bewirken."

Freilich ist in neuester Zeit das subjektive Recht gegen den Staat gerade um deswillen geleugnet worden, weil, wie ich oben bildlich sagte, er das lebendige Recht ist oder doch sein soll. Schuppe führt in seinem verdienstvollen Werke über das subjektive Recht[43]) — ich lasse ihn selbst reden — aus: „Der Staat mit seinen Organen ist das verkörperte, in concreto sich geltend machende objektive Recht, und somit kann, daß dieses jenen verpflichte, nur heißen, daß es sich selbst verpflichte, d. h. daß es

---

[41]) Die Syndikatsklage gehört nicht hierher, wie ich bereits in der oben Note 19 angeführten Abhandlung S. 555 bemerkte, und Fischer a. a. O. S. 429, Kohler a. a. O. S. 14 hervorheben.

[42]) Von Kohler, welcher reaktionsunfähige Ansprüche anerkennt — vgl. die oben Note 38 angeführte Abhandlung S. 14 ff. — befürchte ich in dieser Beziehung keine Einwendung.

[43]) Der Begriff des subjektiven Rechts, Breslau 1887, S. 84 ff.

Digitized by Google

wolle, daß es selbst zu Gunsten des und des, wenn dieser es wolle, etwas leiste, z. B. das Aussprechen des Zahlungsbefehls event. das Anwenden des Zwangsverfahrens. Daß das objektive Recht verpflichtet sei, kann aber nur heißen, daß es wolle, daß es etwas thue, gleichviel ob es auch dasselbe wolle oder nicht, und das ist Unsinn." — Allerdings, das ist barer Unsinn. Auch ist meines Wissens noch niemand auf den widersinnigen Gedanken verfallen, daß ein subjektives Recht gegenüber dem objektiven als verpflichtetem Subjekt bestehe. Und doch spricht man allgemein von subjektiven Rechten gegen den Staat. Also wird doch wohl Schuppes Prämisse seiner deductio ad absurdum irrig sein. Er meint, was ich oben als Bild brauchte, als nackte Wirklichkeit: der Staat ist das objektive Recht. Gewiß ist es in ihm und als Gesetzesrecht durch ihn, gewiß soll er sich seiner Idee nach mit ihm nie in Widerspruch befinden. Aber wer wird behaupten, daß das Recht der Staat sei? Wäre dem so, dann gäbe es subjektive Rechte des Staates, Rechte, deren Subjekt das objektive Recht ist, ebensowenig, wie Rechte gegenüber dem Staat, und zwar gleichermaßen auf civilistischem, wie auf publizistischem Gebiet. — Es giebt subjektive publizistische Rechte gegenüber dem Staat in reicher Fülle, und zu ihnen gehören die Rechtsschutzansprüche[44]).

Das Recht auf die dem Berechtigten günstige Rechtsschutzhandlung besteht aber nicht nur gegenüber dem Staat, sondern zugleich gegenüber dem Gegner. Dieser hat sie zu dulden. Mit seiner civilistischen Verpflichtung hat das nur insofern etwas zu thun, als wo es sich um deren Schutz und Verwirklichung handelt, er durch Befriedigung das Schutzinteresse beseitigen kann. Daß aber das subjektive Schutzrecht nicht ohne Beziehung auf denjenigen sein kann, gegen welchen man Schutz sucht, liegt nicht nur unleugbar im Begriff und Zweck, sondern tritt auch klar hervor in den Voraussetzungen, Entstehungsgründen, in den einzelnen Erscheinungsformen der Schutzhandlung.

[44]) Wer in der römischen actio solche eingeschlossen findet, steht auf dem Standpunkt ihrer grundsätzlichen Bejahung.

Digitized by Google

Denken wir uns die Schutzmaßregel nicht als wilde, regellose, außerhalb geordneter Zustände waltende Eigenmacht, aber doch kraft Gesetzes in die Hand der Partei gelegt. Wer wird zweifeln, daß sie ein Recht der Partei gegenüber der Partei ist? War nicht die legis actio per manus iniectionem, per pignoris capionem solches Recht? Ist es nicht ein Recht der Partei gegen die Partei, wenn heute der Gläubiger nach CPO. § 744 gegen den Schuldner durch das ihm unweigerlich dienstbare Organ des Gerichtsvollziehers die Forderungssperre, den Arrest verhängen darf? Und ist es denn wesentlich anders, wenn er auf Grund irgend eines Titels durch den Gerichtsvollzieher vollstrecken läßt?

Die Parteien bringen vertragsmäßig das Schutzrecht zur Entstehung z. B. im Falle des § 702 Nr. 5 als Vollstreckungsanspruch. Sie beseitigen es durch ihren Schiedsvertrag. Und es sollte nicht zwischen ihnen bestehen? Nur dadurch, daß wir die Richtung desselben nach beiden Seiten, der des Gerichts und des Gegners, erfassen, wird der Prozeß in seinem organischen Zusammenhang begriffen[45]).

Der Rechtsschutzanspruch ist ein Anspruch nach Maßgabe des Prozeßrechts. Nicht ist er formaler Natur in dem Sinn des spezifisch prozessualen Rechtes, welches an die Parteistellung als solche geknüpft ist. Er ist, wie dargethan, die Folge des außerprozessualen Thatbestandes, und hat zum Inhalt nicht das Recht auf Verhandlung und Urteil, sondern auf dem Berechtigten günstige Rechtsschutzhandlung. Weil aber prozessualisch, untersteht er der lex fori. Die Grundsätze über die Herrschaft des Prozeßrechts in Zeit und Raum sind für ihn maßgebend. Das habe ich ausführlich an anderer Stelle nachgewiesen[46]). Die angeblichen Konsequenzen, welche Kohler aus dem Rechtsschutz-

[45]) Auf diesen Punkt kann ich hier nicht weiter eingehen. Andeutungen finden sich in meinem Handbuch I § 4. Die Beweise wird der zweite Band liefern.

[46]) Mein Handbuch des Civilprozesses Bd. I S. 123 ff. 212 ff. 220 ff.

Digitized by Google

anspruch ziehen will, um ihn zu widerlegen, nämlich seine Dauer als erworbenes Recht trotz Wechsel des Gesetzes[47]), darf ich demnach wohl in ihrer Folgerichtigkeit bestreiten. Gerade wenn das sog. Klagerecht eine Eigenschaft des materiellen Rechtes wäre, müßte sie unter die Kategorie der erworbenen Rechte zählen und den Wechsel des Gesetzes überdauern. Aber sie thut es nicht. Wie § 231 der CPO. sofort auf alle vorhandenen Rechtsverhältnisse, auch die bis dahin völlig klaglosen Anwendung fand, so würde sein Fortfall sofort den Feststellungsanspruch völlig vernichten.

Weil der Rechtsschutzanspruch prozessual, so giebt es keine Verjährung desselben nach civilistischen Grundsätzen. Dieser Begriff ist auf ihn schlechthin unanwendbar. Es giebt nur eine Verjährung des schutzbedürftigen Anspruchs, sein Erlöschen durch Zeitablauf. Mit Recht hat daher der Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs davon Abstand genommen, Verjährungsbestimmungen für die Feststellungsklage aufzustellen. Die Motive[48]) sagen: „Feststellungsklagen sind der Verjährung nicht unterworfen. Es geht dies schon daraus hervor, daß es bei ihnen an einem Anspruche im Sinne des Entwurfs fehlt. Aber auch abgesehen hiervon, wäre eine Verjährung dieser Klagen nicht am Platze. Die zeitliche Beschränkung der prozessualen Befugnis, Feststellung zu verlangen, würde mit dem Zwecke des Institutes selbst in Widerspruch treten, welches die Möglichkeit gewähren will, zweifelhafte oder dem Streite ausgesetzte Verhältnisse jederzeit, so lange dieselben bestehen, der richterlichen Entscheidung zu unterstellen, sofern nur ein rechtliches Interesse hierfür dargelegt werden kann." Gewiß, denn der Rechtsschutzanspruch ist lediglich sekundärer Natur. Ihn untergehen lassen durch Nichtgebrauch, während das Recht vollkräftig fortbestehen bliebe, wäre ein Widerspruch in sich selbst.

---

[47]) Prozeß als Rechtsverhältnis S. 16.

[48]) Motive Bd. I S. 295.

Digitized by Google

III.

Feststellungsklage und Verurteilungsklage.

Der Anspruch des Klägers auf eine günstige rechtskräftige Entscheidung deckt sowohl die sogenannte Leistungsklage, den Anspruch auf Verurteilung, wie die Feststellungsklage. Über den Unterscheidungsgrund beider ist eine Einigung bisher nicht erzielt. Ich gedenke nicht allen aufgetauchten Meinungen nachzugehen; es wäre unfruchtbar. Im folgenden entwickele ich meine Ansicht.

1. Der Gegensatz liegt nicht in der Verschiedenartigkeit der begehrten Rechtsschutzhandlung des Urteils, also nicht in der Verschiedenartigkeit des Rechtsschutzanspruchs an und für sich. Wenn wir von Feststellungs- und Verurteilungsanspruch redeten und reden, so werden damit nur Unterarten des Entscheidungsanspruchs bezeichnet.

Selbstverständlich ist die Formfrage, ob Klage und Urteil auf „feststellen", „verurteilen zur Anerkennung", „schuldig sein zur Leistung" und dergl. lauten, gänzlich bedeutungslos. Wir müssen uns darüber klar sein, daß das rechtskräftige Urteil immer und unter allen Umständen nichts andres ist, als die autoritative bindende Rechtsanwendung zum Zwecke des Rechtsschutzes. Es ist der konkretisierte Gesetzeswille, welcher als solcher immer bindet. Es wendet sich nicht an verschiedene Seelenvermögen: die Vorstellung oder den Willen, je nachdem es Feststellung oder Verurteilung ist. Es hat stets praktische, normative Bedeutung. Auch enthält es, wenn es „verurteilt", nicht etwa einen außerhalb der Bejahung des klägerischen Rechtes liegenden Befehl, eine neben der Dezisive hergehende besondere Dispositive. Verurteilung ist nichts anderes, als Feststellung. Der Gegensatz von pronuntiatio und condemnatio ist heute gegenstandslos[49]). Und immer ist das Urteil Feststellung im Rechtsschutz-

[49]) Das hat Degenkolb ausführlich dargelegt.

Digitized by Google

zweck, nie im Rechtsproduktionszweck. Letzteres selbst dann nicht, wenn das klägerische Recht durch richterlichen Willensakt scheinbar ausgebaut, in ihm das in der einen oder anderen Beziehung unvollkommen geregelte Rechtsverhältnis näher bestimmt oder im Teilungsurteil die Auseinandersetzung vollzogen wird. Überall hat der Richter lediglich dem Gesetze und dem Parteiwillen gemäß zuzusprechen, was dem Berechtigten zukommt.

Freilich kann unter Umständen das Urteil auf die Vollstreckung abzielende Befehle in sich aufnehmen und damit in diese hinübergreifen. Allein derartige Erscheinungen haben mit der Verurteilung an und für sich nichts zu thun. Einen sogenannten Vollstreckungstitel stellt sie notwendigerweise dar, wenn sie die Veränderungsbedürftigkeit (Rechtswidrigkeit) eines Zustandes feststellt.

Daraus folgt bereits die Unrichtigkeit der vielverbreiteten Meinung, welche in der Verschiedenartigkeit der Urteilswirkungen den Gegensatz der beiden Klagen sucht[50]). Man sagt: nur die Verurteilung, nicht die Feststellung gebe einen Vollstreckungstitel; die Leistungsklage habe die materiellen Folgen des Rechtsverhältnisses als Titel der Zwangsvollstreckung, die Feststellungsklage die Fixierung des Rechtsverhältnisses für künftigen Leistungsprozeß zum Gegenstande[51]); der Feststellungskläger rufe die Staatsgewalt nur in ihrer rein judizierenden, der Leistungskläger in der judizierenden und vollstreckenden Funktion an; die Feststellungsklage antizipiere nur Bestandteile des künftigen Leistungsprozesses, sei nur präparatorischer Bedeutung, könne daher nie Vollstreckung bewirken, oder wie sonst die mannigfachen Abwandelungen dieses beliebten Gedankens lauten mögen. — Aber Verurteilung ist allemal dann nicht Vollstreckungstitel, wenn bereits im Urteil selbst dem Kläger die Erfüllung seines Begehrens wird, ohne daß es eines Vollstreckungsaktes bedarf[52]). Und versteht man unter Vollstreckbarkeit oder Vollstreckungstitel das

[50]) Auch ich habe in meinem Handbuch Bd. I S. 11 ff. mich nicht ganz korrekt ausgedrückt. Zum Teil Unhaltbares S. 17 Note 14.

[51]) Vgl. statt aller die Motive zu § 231.

[52]) Vgl. mein Handbuch Bd. I S. 12.

Digitized by Google

ohne weiteres realisierbare Vollstreckungsrecht, dann fehlt solches häufig genug der Verurteilung, so trotz unzweifelhafter Leistungsklage bei der Verurteilung zur Leistung gegen Gegenleistung, gegen Aushändigung einer Urkunde oder retinierten Sache, gegen Bestellung einer Sicherheit[53]), und nicht minder überall dort, wo die Vollstreckung infolge veränderter Umstände noch den Nachweis anderweiter Thatsachen, z. B. der Aktiv- oder Passivlegitimation, zur Voraussetzung hat[54]). Man darf also aus dem Mangel sofortiger Vollstreckbarkeit nicht auf die Feststellungsklage zurückschließen, wie andrerseits die Vollstreckbarkeit des Urteils die dasselbe begründende Klage nicht zur Leistungsklage stempelt. Es ist zweifellos, daß das einen betagten Anspruch feststellende Urteil nach CPO. § 672 mit dem Eintritt des Fälligkeitstermins vollstreckbar wird. Das Gesetz sagt: „Ist die Geltendmachung eines Anspruchs von dem Eintritt eines Kalendertages abhängig, so darf die Zwangsvollstreckung nur beginnen, wenn der Kalendertag abgelaufen ist." Sollte also das Urteil feststellen, daß der Beklagte „schuldig ist", dem Kläger mit dem Eintritt des Tages eine bestimmte Summe zu zahlen, so liefert dieses Urteil einen betagten Vollstreckungstitel. Ebenso liegt es nach CPO. § 664 bei Feststellung bedingter Leistungspflicht. Aus der demnächst vollstreckbaren Bejahung der Leistungspflicht folgt nichts für die Natur der Klage als Leistungsklage[55]). Ob sie solche, oder ob sie Feststellungsklage war, kann nur aus ihr selbst, den Voraussetzungen des Rechtsschutzanspruchs entnommen werden[56]). Bestand er allein nach Maßgabe der CPO. § 231, so war die Klage Feststellungsklage.

2. Der Rechtsschutzgrund bildet das Kriterium der Unterscheidung zwischen Feststellungs- und Leistungsklage. Man hat diesem Gedanken häufig genug in der Wendung Ausdruck gegeben: diese setze eine Rechtsverletzung voraus, jene nicht. Und damit hat man,

---

[53]) Vgl. CPO. § 664. 666. 667.

[54]) Vgl. CPO. § 665.

[55]) Wie ich selbst früher irrtümlich angenommen habe: Handbuch Bd. I S. 17 Note 14.

[56]) Wie zutreffend O. Bähr, Urteile S. 156, hervorhebt.

Digitized by Google

wenn auch nicht in glücklicher Formel, den Kern der Sache getroffen. Bevor ich das nachweise, muß ich nur noch kürzlich die Meinung zurückweisen, als liege der Gegensatz im privatrechtlichen Gegenstande des Rechtsstreits, oder doch auch in ihm. Dieser sei bei der Leistungsklage, wie oben berichtet, ein Anspruch, die materielle Folge des Rechtsverhältnisses, dagegen bei der Feststellungsklage letzteres selbst in seiner Anspruchslosigkeit. Aber es wird niemand bestreiten können, daß die negative Feststellungsklage gerade so wie die Leistungsklage einen Anspruch, einen gegenwärtigen, fälligen Anspruch zum Gegenstande des Streites machen kann: nur nicht den Anspruch des Klägers, sondern des Beklagten, nicht angriffs-, sondern verteidigungsweise, wennschon in Klageform. Man drehe die Rollen im Leistungsprozesse um, so hat man negativen Feststellungsstreit. Man lasse den Beklagten gegenüber einer Teilklage auf 300 bei Berühmung gegenwärtigen Anspruchs auf 10000 widerklageweise die negative Feststellung des ganzen Anspruchs fordern, und man hat einen Feststellungsprozeß über die materiellen Folgen des Rechtsverhältnisses. Ich werde zu beweisen haben, daß der Gegenstand positiver Feststellungsklage nicht nur ein bedingter oder betagter, sondern auch ein präsenter Anspruch sein kann.

3. Der Grund des Urteilsschutzes trennt Leistungs- und Feststellungsklage. Dort liegt das Rechtsschutzinteresse in der Befriedigungsbedürftigkeit des Rechts, hier in anderweitem Umstand, in Thatbeständen, welche, wie § 231 sagt, „ein rechtliches Interesse" an der „alsbaldigen" Feststellung begründen. Die Leistungsklage macht das Recht als befriedigungsbedürftiges, also unbefriedigtes, wie man sagt „verletztes", als nach Erfüllung strebendes, als gegenwärtigen Anspruch geltend, die Feststellungsklage nicht also. Die Befriedigungsbedürftigkeit ist, wie keiner weiteren Ausführung bedarf, immer Rechtsschutzgrund. Die Feststellungsklage, welche ihn nicht für sich hat, muß sich auf andere das Schutzinteresse (Feststellungsinteresse) gründende Thatsachen stützen. Indem aber CPO. § 231 solche zum Schutzgrund erhebt, erweitert sie allerdings in bedeutsamster Weise das „Klagsystem". Nicht schafft sie eine neue Art

Digitized by Google

von Rechtsschutzanspruch, aber sie dehnt den Anspruch auf rechtskräftigen Urteilsschutz weit über die Grenzen bisheriger Zulässigkeit aus. Sie leiht ihn Rechtsverhältnissen und Rechtslagen, welche bis dahin nie durch Klage ihre Bewährung finden konnten.

Die Richtigkeit dieser Anschauung wird schon durch die Antithese der §§ 230 und 231 erwiesen. Der § 230 fordert zur Klagbegründung nichts als den Anspruchsgrund und denkt dabei an den Thatbestand, welcher den civilen Anspruch als gegenwärtigen, daher befriedigungsbedürftigen und schutzberechtigten erscheinen läßt. Dagegen setzt § 231 das besondere Schutzinteresse voraus. Es ist also hier gedacht an rechtliche Beziehungen, bei denen deren Bestand die Klage an und für sich noch nicht begründet. Hierin erschöpft sich die ganze praktische Seite des erörterten Gegensatzes. Darauf kommt es an, ob Urteilsschutz schon für das existente Recht als solches gefordert werden darf, oder ob es noch besonderer, das Schutzinteresse erzeugender Thatsachen bedarf.

Daraus folgt: nur in Form der Feststellungsklage kann geltend gemacht werden das bedingte oder betagte Recht. Denn als solches ist es nicht schutzberechtigt; die Klage, welche nackt auf Verurteilung zur Zahlung oder Feststellung einer noch betagten Forderung angestellt würde, müßte abgewiesen werden; ebenso die Klage auf Verurteilung zur Leistung beim Eintritt des Verfalltags oder der Bedingung, falls nicht ein besonderer Schutzgrund hinzutritt, der die Klagbarkeit begründet[57]). Eine Klage aus dem Recht auf fortgesetzte, zum Theil nicht fällige Leistungen ist Leistungsklage nur soweit sie Fälliges verfolgt, Feststellungsklage im übrigen[58]). Es

---

[57]) Über die Kündigungsklage s. unten Note 72. Im allgemeinen vgl. über diese einfache Frage die Ausführungen von Rocholl a. a. O. S. 123, A. Förster in Zeitschrift f. deutsch. Civilprozeß Bd. VIII S. 128 ff. Vgl. Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs § 190 Abs. 1: „Die Verurteilung zu einer Leistung ist nur zulässig, wenn die Fälligkeit bereits eingetreten ist."

[58]) Gewöhnlich spricht man hier nur von einer Klage auf Verurteilung. Vgl. die spätere Note und u. a. Weismann, Feststellungsklage S. 130; Rocholl a. a. O. Vgl. jedoch Entsch. d. Reichsgerichts Bd. XII S. 147, XIII S. 372 ff.

Digitized by Google

kann sich nur fragen, ob für die Forderung auf zukünftige Leistungen nicht die Thatsache bisheriger Nichterfüllung ausreichender Schutzgrund ist. Die Praxis bejaht, und auch der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs thut es[59]). Ich werde später auf diesen Punkt zurückkommen. — Nur die Klage, welche den gegenwärtigen Anspruch als befriedigungsbedürftigen verfolgt, ist Leistungsklage. Das thut nicht die Schäden- oder Interessenklage, in welcher die Liquidation des Anspruchs anderem Prozesse vorbehalten wird[60]). Das Rechtsschutzinteresse kann hier nicht schon aus der Rechtsverletzung, der Nichtzahlung an und für sich hergeleitet werden, denn der geforderte Rechtsschutz ist nicht geeignet, dieselbe zu beseitigen. Wie sollte jenes Interesse begründet werden, wenn der Beklagte seine Ersatzpflicht überhaupt nie in Zweifel gezogen hat und nur Streit besteht über die Höhe derselben, oder gar der Kläger letztere noch gar nicht zur Ziffer gebracht, also eine Forderung noch nicht gestellt hat, welche der Beklagte zu befriedigen sich in der Lage befände? Schädenklage, der kein Leistungsbegehren zu Grunde liegt, ist keine Leistungsklage.

Der präsente Anspruch wird nicht als befriedigungsbedürftiger erhoben, wenn er nicht gegenüber dem Verpflichteten, sondern gegenüber dritten, Forderungsprätendenten, wie es CPO. § 61, 72 denkt, geltend gemacht wird[61]).

Besondere Aufmerksamkeit fordert die Klage, welche ein

---

[59]) Freilich in einer Form, die auf unrichtiger Auffassung des Verhältnisses von Feststellung und Verurteilung ruht. Der § 190 Abs. 2 lautet: „Bei wiederkehrenden Leistungen, welche nicht auf Rechtsgeschäft beruhen, kann die Verurteilung auch für die später erst fällig werdenden Leistungen erfolgen."

[60]) Nach mehrfachen abweichenden und schwankenden Entscheidungen ist das jetzt anerkannt durch die Plenarentscheidung des Reichsgerichts vom 28. Juni 1888, abgedruckt in der juristischen Wochenschrift, Jahrgang 1888 Nr. 42 S. 362 f. Vgl. auch Protokolle des Norddeutschen Entw. S. 579.

[61]) Manche — so Rocholl a. a. O., A. Förster, CPO. § 231 Note 4a — wollen hier keine Feststellungsklagen sehen. Aber was dann? Der Name „Konfliktsklage" u. dergl. thut doch nichts zur Sache, vgl. mein Handbuch I S. 23. Falsche Prämissen über die Natur des festzustellenden Rechtsverhältnisses führen hier zu falschem Schluß. Vgl. unten S. 49.

Digitized by Google

präsentes Recht auf Dulden oder Unterlassen verfolgt. Ich erwäge es zunächst als obligatorisches und spreche nicht von etwaigen Ansprüchen auf positive Leistung. So lange das Recht befriedigt, nicht durch Zuwiderhandlung verletzt ist, bedarf es des Rechtsschutzes nicht, es sei denn Grund zur Feststellungsklage vorhanden. — Daher wird sie bei turbatio verbis, die ja den Anspruch noch immer befriedigt läßt, am Platze sein; sie macht den präsenten Anspruch nicht als befriedigungsbedürftigen, sondern als feststellungsbedürftigen geltend. Tritt das factum turbativum, die Zuwiderhandlung ein, so begründet dieses die Klage auf Erfüllung, Verurteilung. So wird man logisch korrekt scheiden. Aber man beachte wohl, daß hier Feststellungs- und Leistungsklage in Eins verschmelzen. Die eine wie die andere fordert mehr, als den Nachweis der puren Existenz des Anspruchs und die eine wie die andere will nicht gegenwärtige Leistung erzwingen, sondern wegen des geschehenen Eingriffs auf die Zukunft wirken. In der Anspruchsexistenz liegt noch nicht die Behauptung der Befriedigungsbedürftigkeit[62]). Sie folgt aus der hier in selbständigem Thatbestand auftretenden Verletzung, wie die Feststellungsbedürftigkeit aus dem Bestreiten u. dergl. Und dem entsprechend sehen sich hier Feststellungsurteil und Verurteilung gleich, wie ein Ei dem anderen: beide sind, wie CPO. § 775 Abs. 2 sagt: „die Verpflichtung aussprechende Urteile". Beide können den Nachdruck der Strafdrohung in sich aufnehmen, und für keines von ihnen ist sie wesentlich. Beide sind geeignet, Vollstreckungstitel im Sinne des § 775 zu bilden. Und das ist folgerichtig. Denn die einzelne Turbativhandlung schafft, gleich dem Bestreiten, keinen Zustand, der zu beseitigen wäre: sie schafft nicht einen neuen, selbständigen Anspruch. Sie schafft nur die Schutzbedürftigkeit des vorhandenen, festzustellenden und eventuell durch Strafdrohung aufrechtzuerhaltenden Anspruchs.

Ähnlich ist es bei der Turbation absoluten Rechtes, des dinglichen oder des immateriellen Rechtes. Allerdings entsteht hier aus ihr —

---

[62]) Vgl. Windscheid a. a. O. § 107 S. 345 ff.

Digitized by Google

von der Forderung auf positive Leistung abgesehen — erst das, was wir die Passivlegitimation nennen: die subjektive Beziehung, welche jenes Recht dieser Person gegenüber reagieren läßt, ihr gegenüber es schutzbedürftig macht. Aber nimmt die Zuwiderhandlung nicht eine Form an, welche einen Anspruch auf Zustandsveränderung begründet[63]), so wird doch allein die Pflicht des Beklagten zur Unterlassung (daß er die Zuwiderhandlung zu unterlassen schuldig sei; daß er nicht berechtigt sei, einen Familiennamen, ein Wappen, eine Firma, die fremde Marke zu führen; daß er sich des gewerbsmäßigen Feilhaltens u. dergl. zu enthalten habe) im Urteil festzustellen sein und zwar festzustellen sein ebenso, wenn er sich der Befugnis zur Handlung berühmt hatte, als wenn er sie thatsächlich ausgeübt hatte[64]). Und in beiden Fällen nur so lange, als die Turbation fortwirkt, als sie ein rechtliches Interesse an der Feststellung begründet. Hat der Störer sich nachträglich solcher Handlungen enthalten, so kann die Klage nicht auf vor Jahren begangene Störung, weil etwa durch sie ein selbständiger, selbständig verjährbarer Anspruch (actio negatoria, confessoria) u. dergl. entstanden sei, gegründet werden. — Die nahe Verwandtschaft dieser negatorischen Klagen mit der negativen Feststellungsklage springt in die Augen.

Wie in den vorstehenden Fällen der Gegensatz der Feststellungs- und Leistungsklage durch Annäherung der letzteren an die erstere verwischt erscheint, so schwindet er umgekehrt zu Gunsten der Leistungsklage im Konkurse. Man nennt mit Vorliebe die Klagen der Liquidanten gemäß Konkursordnung § 134 Feststellungsklagen.

---

[63]) Darauf stellen den negatorischen Anspruch auch die Motive des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs zu § 943 (Bd. III S. 423 Nr. 3) ab im Gegensatz zur Feststellungsklage der CPO. § 231 (das. Nr. 2). Aber sie erkennen, daß die positive Bezeichnung der zuständlichen Eigentumsverletzungen auf „unüberwindliche" Schwierigkeiten stoße. Beispiele S. 424.

[64]) Vgl. dazu den Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs § 943, 978, 1055. Die Motive Bd. I. S. 367 sprechen hier sehr charakteristisch von einem Anspruch auf Verurteilung zu einem künftigen Verhalten.

Digitized by Google

Aber sie sind es, nicht allein soweit es sich um den Streit mit den durch den Konkursverwalter vertretenen Kridar handelt, nur dem Namen nach. Im Konkurse wird der Befriedigung suchenden Gläubigerforderung Rechtsschutz gewährt ohne Rücksicht auf ihre Unbedingtheit und Fälligkeit. Sie ist ohne weiteres befriedigungsbedürftig.

4. Ist vorstehend das Verhältnis der Leistungs- zur Feststellungsklage richtig erfaßt, dann lösen sich manche darauf bezügliche Einzelfragen ohne Schwierigkeiten.

Zunächst ist klar, daß von einer objektiven Klagenhäufung im Sinne der Verbindung zweier auf dasselbe Recht bezüglicher Klagarten nicht gesprochen werden kann[65]). Allerdings lassen sich der Antrag auf Verurteilung und Feststellung beispielsweise derart verbunden denken, daß die Forderung, falls sie sich als nicht fällig herausstellen sollte, wenigstens als bedingt festgestellt werde oder derart, daß, falls der Beklagte nicht verpflichtet sein sollte, die besessene Sache dem klagenden Eigentümer herauszugeben, wenigstens dessen Eigentum festgestellt werde. Aber dann ist allemal dasselbe materielle Recht und derselbe Schutzanspruch (gerichtet auf rechtskräftige Entscheidung) im Streit befangen. Nur das Rechtsschutzinteresse wird je nachdem verschieden begründet.

Daraus folgt weiter, daß man von einer Klagänderung nicht reden kann, wenn von der Feststellungs- zur Leistungsklage und umgekehrt übergegangen wird[66]). Der Begriff der Klag-

---

[65]) Daß im übrigen beliebig Klagen auf Leistung und Feststellung gehäuft werden können, versteht sich von selbst, so auch durch Verbindung der Klage auf Feststellung des bedingenden Rechtsverhältnisses und auf Verurteilung betreffs des bedingten Anspruchs, oder durch Verbindung der Klage auf die fälligen Raten mit der Klage auf Feststellung der Schuld (Verurteilung) betreffs der zukünftigen. Nur hüte man sich, von Kumulation zu reden, wenn begehrt wird: „Das Eigentum anzuerkennen und den besitzenden Beklagten demnach zur Herausgabe der Sache zu verurteilen." Vgl. auch OLG. Braunschweig in Seufferts Archiv XXXIX Nr. 285. Schief Rocholl a. a. O. S. 162 ff. Ebenso Reichsgericht II. CS. 25. Okt. 1881 Entsch. V S. 394, V. CS. 2. Jan. 1886, Bolze II Nr. 1568.

[66]) Jetzt ziemlich allgemein angenommen. Vgl. u. a. Entsch. d. Reichsgerichts bei Bolze II Nr. 1562, 1563, III Nr. 1140 III. CS. 9. Januar 1885

Digitized by Google

änderung ist allein auf den materiellen Streitgegenstand („Anspruch"), nicht auf den Rechtsschutzgrund anwendbar. Es ist denn auch zutreffend bemerkt worden, daß dieser — so sicher er zum Klaggrund im weiteren Sinne gehört — durchaus rechtzeitig eintritt, wenn er bis zum Urteil eintritt[67]). Ist am Schlusse der mündlichen Verhandlung das Rechtsschutzbedürfnis da, so wäre es widersinnig, die Klage abzuweisen. Daher genügt es bei persönlicher Leistungsklage, wenn die Forderung lite pendente fällig wird, bei der Vindikation, wenn der Beklagte vor dem Urteil noch Besitzer wird. Unbedenklich kann, wenn Feststellung des bedingten oder betagten Rechts erbeten ist und dasselbe im Laufe des Prozesses befriedigungsbedürftig wird, die Verurteilung gefordert werden.

Andererseits ist ein Übergang von der Leistungs- zur Feststellungsklage und umgekehrt nicht ohne weiteres, sondern nur dann erfolgreich zulässig, wenn die eine und die andere durch die Thatsachen gestützt ist Die Feststellungsklage ist keineswegs das Minus gegenüber der Leistungsklage, etwa vergleichbar dem Verhältnis der Publiciana und Vindikation oder der Klage auf geringeres und höheres Quantum[68]). Fehlt es an der Befriedigungsbedürftigkeit des Rechts (Rechtsverletzung), so folgt daraus lediglich die Abweisung der Leistungsklage, nicht die Feststellung des nicht befriedigungsbedürftigen Rechtes. Diese fordert das selbständige Feststellungsinteresse. Der Antrag auf Verurteilung schließt

---

in Juristi. Wochenschr. 1885 S. 90. Dresdner OLG. in Wenglers Archiv 1888 S. 293, Hamburger OLG. in Seufferts Archiv Bd. XL Nr. 87. Braunschweiger OLG. das. XXXIX Nr. 2. Wer freilich in der Feststellungsklage einen selbständigen privatrechtlichen Anspruch (auf Anerkennung, Sicherheitsleistung u. dgl.) sieht, muß sich anders entscheiden.

[67]) Treffend O. Bähr a. a. O. S. 154 ff., R. Schmidt, Klagänderung Leipzig 1888 S. 192.

[68]) Reichsgericht III. CS., 6. December 1881, Seufferts Archiv XXXVIII Nr. 35 S. 55 ff.: es verkennt der Berufungsrichter die rechtliche Natur der Feststellungsklage, wenn er dieselbe ohne weiteres als die beschränktere (das minus) in der Klage auf Erfüllung mitenthalten ansieht. Vielmehr verfolgen beide Klagen an sich verschiedene Zwecke und sind an verschiedene Voraussetzungen geknüpft.

Digitized by Google

nicht in sich den Antrag auf Feststellung[69]). Wohl aber kann der Leistungskläger jederzeit im Laufe des Streites, wenn dieser ihm das Feststellungsinteresse schafft, den (eventuellen) Feststellungsantrag stellen, wie er nach § 253 solchen bezüglich des bedingenden Rechtsverhältnisses mit der Klage häufen darf[70]).

Hiermit ist zwar nicht erledigt die viel erörterte Frage: ob die Möglichkeit der Leistungsklage die Feststellungsklage ausschließe, mit anderen Worten, ob diese jener subsidiär sei, aber es ist die richtige Fragestellung angebahnt. Es ist erkannt, daß Feststellungs- und Leistungsklage (als Recht gedacht) zwei individuell verschiedene, auf verschiedenen Voraussetzungen ruhende Rechtsschutzansprüche sind. Die Frage ist also die, ob die Befriedigungsbedürftigkeit eines Rechtes das anderweite Feststellungsinteresse ausschließe und ob, wenn dem nicht so sein sollte, irgend ein Rechtsprinzip nachweisbar ist, welches jene Subsidiarität uns aufnötigt. Die Antwort kann erst später gegeben werden.

IV.

Der Gegenstand der Feststellung.

Wenn ich nun dazu übergehe, den Feststellungsanspruch näher zu entwickeln, so habe ich von vornherein zu bemerken, daß es dabei auf eine erschöpfende Darstellung nicht abgesehen ist. Ich gedenke mich auf die leitenden Gedanken zu beschränken und der Kasuistik nur nachzugehen, wo sie diesem Zwecke sich besonders dienstbar zeigt. Insbesondere leiste ich Verzicht auf die eingehendere Behandlung der überaus wichtigen und interessanten negativen Feststellungsklage und lasse die Klage auf Feststellung der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde ganz beiseite.

Das Gesetz (CPO. § 231) knüpft den Feststellungsanspruch an

---

[69]) So auch nicht in der in Note 65 fingierten Fassung.

[70]) Über die Ratenklage s. oben Note 60, 65 und unten S. 60.

Digitized by Google

die Voraussetzung eines rechtlichen Interesses an der alsbaldigen Feststellung des Bestehens und Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses, der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde[71]). Es macht das Rechtsverhältnis in Bestand oder Nichtbestand, die Urkunde in ihrer Echtheit oder Unechtheit zum Gegenstande der Feststellung selbst. So werde ich von ihm zuerst zu handeln haben. Vorher aber gilt es eine allgemeine Frage zu beantworten: die Frage, nach welchem Gesetz sich die Zulässigkeit der Feststellungsklagen bestimme.

Darauf ist oben, S. 32, bereits die allgemeine Antwort erteilt. Ist die Feststellungsklage ein Rechtsschutzanspruch des Klägers und dieser prozessualisch, so entscheidet über ihre Zulässigkeit heute allein das Reichsrecht, ist sie ein materielles Recht, so kann das Landesrecht hier ergänzend eingreifen. In der That bejahen letzteres viele. Und wenn sie die Feststellungsklage für ein prozessualisches Gebilde halten, so wollen sie doch wieder daneben — freilich widerspruchsvoll genug — civilistische Feststellungsklagen anerkennen und diese aus dem civilen Landesrecht entnehmen. Die Unklarheit, welche hier herrscht, kann nicht leicht größer gedacht werden. Demnach würde das Landesrecht jedwede Feststellungsklage von der Voraussetzung des rechtlichen Feststellungsinteresses entbinden können, indem es ihr die Etikette der civilen Anerkennungsklage anhängt. Demnach würde der § 147 des CGB. Sachsens noch in Kraft sein, soweit er nicht durch die CPO. gedeckt wird; würde ein prozessualischer Rechtssatz, welcher bei betagten oder bedingten Forderungen die Klage nicht von dem Nachweis des Feststellungsinteresses abhängig macht, auch heute noch zu Recht bestehen.

Das ist alles Ernstes behauptet. Die preußische sog. Kündigungsklage ist das Paradigma, an welchem das Prinzip dargelegt wird[72]). Man versteht unter ihr die vor dem Verfalltag

[71]) Die Voraussetzung des positiven Schutzanspruchs ist also 1) die Existenz des festzustellenden Rechtes und 2) das Feststellungsinteresse; die Voraussetzung des negativen das letztere und die Nichtexistenz des fraglichen Rechts.

[72]) Vgl. zu ihr die bei Stein a. a. O. S. 78 Note 3 angeführte Litteratur, besonders die das. angef. Abh. von Herbst.

Digitized by Google

mit der Wirkung der Kündigung und ohne die Voraussetzungen des § 231 zulässige Leistungsklage und sucht sie als angeblich civilistisches Erzeugnis zu retten vor der Vernichtung durch die Civilprozeßordnung des Reichs, indem man behauptet: die gekündigte Forderung sei mit der Kündigung klagbar, aber erst nach abgelaufener Frist zahlbar; die Kündigung könne als Klage begründende Thatsache mit der Klage selbst verbunden werden. Aber nur der Satz, daß die Klage als Kündigung wirkt, ist civilistisch, dagegen der andere, daß sie vermöge dieser ihrer Wirkung zulässig sei, prozessualisch. Die preußischen Gesetze haben den Zweck, den Weg des Prozesses dem Gläubiger zu eröffnen, damit er sich „ein rechtskräftiges Urteil oder ein gerichtliches Anerkenntnis verschaffe, aus welchem er nach verflossener Aufkündigung Exekution suchen könne". Dieser Zweck aber ist spezifisch prozessualisch und zugleich rechtsgeschäftlich. Es gilt einen vollstreckbaren Titel zu gewinnen, obschon die Voraussetzungen des Rechtsschutzes nicht vorliegen. Die prozessualische Seite der Sache tritt auch darin genugsam hervor, daß es preußische Prozeßgesetze sind, welche diese Ausdehnung des Rechtsstreits auf rechtsgeschäftlichen Zweck anordnen. Alles das aber ist mit der Reichscivilprozeßordnung unverträglich, geradeso unverträglich, wie es partikuläre durch CPO. § 706 nicht vorbehaltene Wege zur Zwangsvollstreckung sind oder der Satz der badischen Civilprozeßordnung (§ 256) ist, daß das Einverständnis der Parteien das Rechtsschutzinteresse bei der Feststellungsklage ersetzen könne[73]).

In eigentümlich interessanter Form macht sich die hier bekämpfte Anschauung in Sprüchen des Reichsgerichts geltend[74]). Sie negieren für gewisse Fälle die Feststellungsklage des § 231, sagen aber, daß in ihnen Feststellungsklage nach civilem Rechte zu-

[73]) Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches § 190 Abs. 3 erkennt die Kündigungsklage an. Das wäre Änderung des geltenden Rechts. Die Motive Bd. I S. 366 irren, wenn sie zur Begründung anführen: „die CPO. habe die Bestimmung darüber, ob und inwieweit bei künftigen Leistungen nicht bloß die Feststellung, sondern Verurteilung verlangt werden könne, dem bürgerlichen Recht überlassen."

[74]) Vgl. unten Note 83.

Digitized by Google

stehe. Sie sagen also: zwar will die deutsche Rechtspflegeordnung in diesen Fällen keine richterliche der Rechtskraft fähige Entscheidung einräumen, aber was das Reich nicht will, das kann die Landesgesetzgebung wollen. Es ist das um so auffallender, wenn man bedenkt, daß doch das Reichsgericht die Feststellungsklage als prozessualisches Gebilde auffaßt, und schlechterdings unerweislich ist, wie sich diese sog. civilen Feststellungsansprüche von denen des § 231 unterscheiden sollen. Etwa durch die erleichterten Voraussetzungen?

Wäre die bekämpfte Anschauung richtig, so hätten wir noch heute die Zulässigkeit der Präjudizialklagen des gemeinen Rechts nicht nach CPO. § 231, sondern den gemeinrechtlichen Regeln zu messen und zu beantworten. Und doch führen die Motive der CPO. § 231 klar aus, wie es gerade darauf abgesehen war, die in ihnen wie in den bereits partikularrechtlich zugelassenen Klagen auf „Anerkennung", „auf Feststellung von Rechtsverhältnissen" liegenden Ansätze im großen und für das ganze Deutschland zu entwickeln, wie man sich bewußt sei, damit ins Materielle zu greifen, daß es aber gelte, „die Rücksicht auf Beseitigung der in der Praxis herrschenden Unsicherheit" und auf die Herbeiführung der Rechtseinheit vorwalten zu lassen[75]).

Sonach bestätige ich den bereits oben S. 32 f. als Ergebnis der ganzen Ausführung gewonnenen Satz: die Feststellungsklage ist prozessualisch, sie ist publizistischer Rechtsschutzanspruch, sie ist nur nach Reichs-, nicht nach Landesrecht[76]).

Und nun zu ihrem Gegenstande.

Das „Rechtsverhältnis" des § 231 ist nicht „Thatsache", auch nicht die rechtsbegründende Thatsache. Der Prozeßzweck ist Rechtsschutzzweck, nicht Beweiszweck, nicht der Zweck der Thatsachenfest-

---

[75]) Die Präjudizialklagen in familienrechtlichen Streitigkeiten erklären auch die Motive des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs unumwunden für Feststellungsklagen nach CPO. § 231 Bd. I S. 294. 295.

[76]) Zutreffend Kohler in Grünhuts Zeitschrift XIV S. 37.

Digitized by Google

stellung[77]). Jedoch kann die Rechtsbehauptung sich in die Form thatsächlicher Behauptung kleiden; und das geschieht häufig genug. Daß das, was manche eine rechtlich geschützte Thatsache nennen, — ich meine den Besitz — unter den Begriff des Rechtsverhältnisses des § 231 fällt, ist außer jedem Zweifel[78]).

„Rechtsverhältnis" ist nicht abstraktes, objektives Recht[79]), sondern das konkrete, durch die Herrschaft des Rechtssatzes über einen Thatbestand entstandene rechtliche Verhältnis einer Person[80]). Dabei trägt die doktrinäre Streitfrage nichts aus, ob Rechtsverhältnisse nur von Person zu Person oder auch von Person zu Rechtsobjekt gedacht werden dürfen. Denn der Inhalt des § 231 kann nicht danach bestimmt werden, ob wir uns für das eine oder andere bestimmen. Wo subjektives Recht ist, ist Rechtsverhältnis[81]). Das subjektive Recht ist Feststellungsgegenstand. Das Wort „Rechtsverhältnis" ist gewählt, um einerseits dasselbe in seiner Ruhe, Anspruchslosigkeit zu kennzeichnen und auf der anderen Seite die Zusammenfassung eines Komplexes von Rechten als einheitlichen Feststellungsgegenstand zu ermöglichen. Daß dingliches, sagen wir besser absolutes — Recht einen solchen bildet, sprechen zum Überfluß die Motive aus. Will man aber in ihm kein Rechtsverhältnis zwischen Person und Rechtsobjekt finden, so wird man doch zu der Annahme un-

---

[77]) Dem widerspricht nicht die Zulassung der Klage auf Feststellung der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde. Widerspricht sie aber, so hätten wir eine Anomalie, auf welche die Regel Anwendung fände: exceptio firmat regulam.

[78]) So die Klage auf Feststellung, daß ein Rechtsakt simuliert sei (Bolze Bd. II Nr. 1570), eine Hypothek ungültig sei (das. Nr. 1571), der Gegner nicht Mitglied einer Gesellschaft sei (Entsch. d. Reichsg. VIII S. 3). Dagegen unzulässig die Klage auf Feststellung, daß die Parteien nicht den Beischlaf vollzogen (Bähr a. a. O. S. 143 N. 1). Vgl. auch Bolze Bd. II Nr. 1569.

[79]) Vgl. Entsch. d. Reichsgerichts Bd. IV S. 373, Bd. VI S. 387, Bd. XVIII S. 172. Bolze Bd. V Nr. 1062, Zeitschrift für deutschen Civilprozeß Bd. V S. 79. Degenkolb a. a. O. S. 229 Anm. 1.

[80]) Der Begriff des Rechtsverhältnisses wird in den Gesamtdarstellungen des Civilrechts gewöhnlich sehr kurz oder gar nicht behandelt.

[81]) Vgl. Bekker, System des heutigen Pandektenrechts, I S. 46.

Digitized by Google

gezählter Rechtsverhältnisse zwischen den Rechtsträgern und allen denen gedrängt, welche dieses Recht zu respektieren haben. Man kommt zu der bekannten Konstruktion der absoluten Rechte als der Prohibitivnorm und damit wiederum zur Feststellungsfähigkeit derselben[82]).

Aber die begriffliche Unklarheit trägt doch auch hier ihre verderblichen Früchte. Man behauptet im Widerspruch mit dem klaren Wortlaut des Gesetzes, daß Rechtsverhältnisse nur zwischen Personen bestehen, und hat damit einen Grund dafür gewonnen, daß feststellungsfähig nur Rechtsverhältnisse zwischen den Parteien sein können. Freilich wird die These auch von anderer Prämisse aus verteidigt[83]). Sie soll folgen aus der Natur, dem Zweck des Civilprozesses, der Begrenzung der Rechtskraft, der besonderen Tendenz der Feststellungsklage. Wäre der Prozeß Anspruchsverfolgung im materiellen Sinne, die Klage Geltendmachung privatrechtlichen Klagerechts, so würde allerdings ein Recht des Klägers gegenüber dem Beklagten der unerläßliche Prozeßgegenstand sein; da aber dem, wie nachgewiesen, nicht so ist, so kommt alles nur darauf an, ob ein Rechtsschutzinteresse gegenüber einer Person bestehen kann, ohne daß zwischen ihr und dem Kläger ein Verhältnis von Verpflichtetem und Berechtigtem auch nur behauptet wird. Diese

[82]) Man vergleiche die wenig klaren Ausführungen bei v. Wilmowski-Levy § 231 Anm. 1 S. 329, wo zunächst gelehrt wird, daß „rechtliche Beziehungen einer Person zu einer Sache" immer nur bestehen in den rechtlichen Beziehungen der Person zur Person.

[83]) Es genügt, zu verweisen auf Entscheidung des Reichsgerichts III. CS. 18. Okt. 1882, Bd. VII S. 459 (erklärt widerspruchsvoll, daß der Streit von Forderungsprätendenten nicht unter § 231 falle, da zwischen ihnen kein Rechtsverhältnis bestehe, legitimiert ihn aber nichtsdestoweniger nach gemeinem Recht als Feststellungsstreit), LG. Hall im Württemb. Gerichtsbl. XXI S. 297. Vgl. v. Kienitz a. a. O. S. 227, welcher allerdings bei Prätendentenstreitigkeiten durch Konstruktion eines Rechtsverhältnisses über die Schwierigkeiten hinwegkommt, A. Förster CPO. § 231 Anm. 4a. Vgl. auch Degenkolb a. a. O. S. 229. Dagegen Seuffert CPO. S. 284, Mandry, Der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze, 3. Aufl., Freiburg 1885 S. 271, besonders Anm. 19. Vgl. auch O. Bähr a. a. O. S. 152 ff. — Über Rocholls Konfliktsklagen s. mein Handbuch I S. 23 Anm. 28.

Digitized by Google

Frage aber ist nicht bei der Erörterung des Rechtsverhältnisses, sondern des Feststellungsinteresses zu erledigen. — Vollends haltlos ist die Begründung obiger Thesis aus der präparatorischen Natur der Feststellungsklage, ihrer Bestimmung der zukünftigen Leistungsklage den Boden zu bereiten, aus dem Satze, der Gegenstand der Feststellungsklage sei eine rechtliche Beziehung, aus welcher ein Anspruch auf Leistung entstehen könne[84]). Das alles sind willkürliche, bodenlose Behauptungen, die ihren gebrechlichen Anhalt in Worten der Motive finden und nur falsche Anschauungen über das Wesen des Feststellungsinteresses paraphrasieren. Es ist nach meinen früheren Ausführungen gleichgültig, ob überhaupt das fragliche Rechtsverhältnis geeignet ist, je einen klagbaren Anspruch zu erzeugen. Es ist erwiesen, daß auch vorhandene, aber nicht als befriedigungsbedürftige geltend gemachte Ansprüche zur Feststellungsklage geeignet sind. Es ist, aller Widerrede unerachtet, unbestreitbar, daß die Prätendentenstreite reine Feststellungsstreite sind und doch in ihnen kein Rechtsverhältnis zwischen den Parteien den Feststellungsgegenstand bildet. Letzteres bedarf keines Beweises. Ersteres dagegen folgt aus CPO. §§ 230, 231; denn besteht hier kein Anspruch materieller Natur, kein befriedigungsbedürftiges Recht gegenüber dem Gegner, bezweckt die Klage nichts anderes, als daß der klagende Prätendent das Recht, den Anspruch gegenüber dem dritten im Prozesse rechtskräftig zur Anerkennung bringe, ist man endlich darüber einig, daß er klagen darf, wenn er ein rechtliches Interesse

---

[84]) So Entsch. d. Reichsgerichts V. CS. 19. Dezbr. 1883 Entsch. Bd. X S. 413 ff.: „Jedenfalls ist das Rechtsverhältnis, dessen Feststellung mit dieser Klage gefordert werden kann, nicht die Verpflichtung des Beklagten zu einer Leistung, vielmehr nur die rechtliche Beziehung, aus welcher ein Anspruch auf Leistung entstehen kann." — I. CS. 24. Oktober 1883 S. 421: „Der § 231 CPO. will nur die Voraussetzungen bestimmen, unter welchen auf bloße Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses (im Gegensatz zu einem aus demselben abgeleiteten kondemnatorischen Anspruche) eine Klage erhoben werden könne". Bolze Bd. IV Nr. 1182 (der richtige Entscheidungsgrund wäre gewesen, „weil kein Feststellungsinteresse besteht".) Vgl. gegen das Reichsgericht auch v. Kienitz a. a. O. S. 229 ff.

Digitized by Google

an der alsbaldigen Feststellung hat, so ist hier reine Feststellungsklage, den Regeln des § 231 folgend. Die eigenartige Erscheinung der Hauptintervention (CPO. § 61) und des Interventionsstreites nach CPO. § 72 erledigt diese Kategorie nicht. Wenn der Eigentümer den Eigentumsprätendenten, der Forderungsberechtigte den angeblichen sein Recht ausschließenden Prätendenten im selbständigen Prozeß bekämpft, so ist das nichts anderes, als Anwendung des § 231 [85]). Und wo ist das „Rechtsverhältnis" zwischen Kläger und Beklagtem, wenn wegen turbatio verbis der absolut Berechtigte, welcher Rechtsverletzung befürchtet, auf Feststellung klagt? Ist die Anschauung richtig, daß erst durch die Rechtsverletzung der Anspruch, das konkrete Rechtsverhältnis entsteht, so fehlt es hier an solchem sicherlich.

Selbstverständlich muß das Rechtsverhältnis zur Entscheidung auf dem Civilrechtswege geeignet sein [86]).

V.

Das Feststellungsinteresse.

Die Frage des rechtlichen Feststellungsinteresses ist der Tummelplatz reichster Kasuistik. Das Ermessen des Richters hat hier weiten Spielraum. Immerhin lassen sich gewisse, begriffliche Merkmale und Grenzen erkennen.

Das Erfordernis des Feststellungsinteresses ist reichsrechtlich und kann, wie oben dargelegt, landesgesetzlich nicht erlassen werden, wenn die rechtskräftige Bejahung nicht befriedigungsbedürftigen Rechtes des Klägers oder die rechtskräftige Verneinung der beklagtischen Rechtsanmaßung klageweise verfolgt wird. Mit dem Wesen unseres Reichscivilprozesses wird demnach der Begriff in

[85]) Das Urteil des IV. CS. vom 10. März 1887 in Seufferts Archiv, Bd. XLII Nr. 187 S. 268 läßt scheinbar die Frage offen, entscheidet sich aber im Grunde genommen gegen die in dem Note 83 angeführten Urteil vertretene Ansicht.

[86]) Vgl. Entsch. d. Reichsgerichts I. CS. 11. Febr. 1882 Bd. VI S. 387, I. CS. 22. Mai 1886 Bd. XVI S. 391 (a. E.).

Digitized by Google

Einklang zu setzen sein. Sein Zweck muß, wenn auch subjektiviert, Zweck der Feststellungsklage sein, das sie tragende Interesse daher in dieser Zweckerfüllung Befriedigung finden. Der Prozeßzweck aber ist Rechtsschutzzweck. Daher kann — das ist das Erste — das Feststellungsinteresse *nicht rechtsgeschäftliches* Interesse sein. Nicht das Interesse am Erlangen von Rechten oder rechtlichen Vorteilen, sondern an der Bewährung vorhandener Rechtslage mit den Schutzmitteln des Prozesses trägt die Klage. Der Feststellungsprozeß ist kein Mittel der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Also können die Parteien ihn nicht durch Vereinbarung zulassen; die Einwilligung des Beklagten macht die unzulässige Feststellungsklage nicht zulässig[87]). Der einseitige und durch seine wirtschaftliche Lage sehr motivierte Wunsch des Klägers nach einer „unanfechtbaren Formalisierung" seines Rechtes seitens des Richters, der hohe Wert, welchen für ihn der klare Urteilsspruch als Schuldgrund, als eventueller Vollstreckungstitel hätte, können ihn zum Feststellungsanspruch nicht berechtigen. Darin liegt der wichtige Satz: *das Bedürfnis nach größerer Rechtssicherheit, Rechtsgewißheit allein begründet die Feststellungsklage nicht.* Wer ihrer zu bedürfen glaubt, mag sich bei Zeiten vorsehen — vigilantibus iura sunt scripta —; er mag die dienlichen rechtsgeschäftlichen Formen gebrauchen. Der Prozeß ist nicht der Platz, die Lässigkeit des Rechtsverkehrs auszugleichen[88]).

Der Rechtsschutz fordert Schutzbedürftigkeit, diese aber geht hervor, wenn nicht aus der *Rechtsverletzung*, dem objektiv rechtswidrigen Zustand, so aus der *Rechtsbedrohung*, dem die Rechtsunsicherheit hervorrufenden Thatbestand. Verletzung und Ge-

---

[87]) Das betonen schon im Gegensatz gegen früheres abweichendes Landesrecht die Motive und wird konstant vom Reichsgericht festgehalten.

[88]) Also kein Feststellungsinteresse die Befürchtung des Verlustes von Beweismitteln, Zeugen, Urkunden (welche abgängig werden), der wirtschaftliche geringere Wert, welchen vielleicht die noch nicht rechtskräftig festgestellte, wenn auch keineswegs bestrittene Forderung für die Partei hat. Zweifelhaft Entsch. des Reichsgerichts Bd. X S. 368.

Digitized by Google

fährdung sind die beiden einzigen Formen, in denen Rechtsgüter angegriffen und durch die der Rechtsschutz, in welcher Gestalt auch immer, begründet werden kann. Sollen aber die Schutzmittel gegen den Beklagten verwendet werden — und darum handelt es sich hier —, so muß der schutzberechtigende Thatbestand in seinem Verhalten liegen[89]). Er muß die Rechtsstellung des Klägers (objektiv) angreifen, d. h. verletzen oder bedrohen[90]). Durch dieses rechtserhebliche Verhalten wird die sog. Passivlegitimation des Beklagten gegeben. Sie ist nicht gleichbedeutend mit der Rolle des passiven Subjektes eines Rechtsverhältnisses; denn bei dem negativen Feststellungsstreit liegt's gerade umgekehrt; hier ist der Bedrohende, der Beklagte das aktive Subjekt des abzuurteilenden Rechtsverhältnisses. Die Passivlegitimation ist auch — wie aus dem auf S. 50 Gesagten folgt — nicht gleichbedeutend mit der Rolle als Subjekt des festzustellenden Rechtsverhältnisses überhaupt: denn rechtsbedeutsam gefährden kann dasselbe auch ein dritter. Aber ohne derartigen Angriff keine Feststellungsklage. Man erwäge nur, wie sinnlos es wäre, eine Feststellungsklage gegen den Verpflichteten zu gründen darauf, daß ein dritter sich der Forderung berühmt habe, oder dieselbe leugne.

Das Verhalten des Beklagten muß ein den Rechtsschutz motivierender, ein rechtsbenachteiligender Angriff sein. Es muß so geartet sein, daß es — darauf ist zurückzukommen — gerade im Feststellungsurteil die richtige Reaktion findet. Daraus folgt, daß dasselbe nicht begehrt werden kann, wenn — um strafrechtliche Ausdrücke zu gebrauchen — der Angriff ein Versuch mit untauglichen Mitteln oder am untauglichen Objekte, oder — könnte man fortfahren — vom untauglichen Subjekt her ist. Ich bitte, mich nicht mißzuverstehen; ich meine nicht, daß der Angriff ein doloser sein

[89]) Davon ist keine Ausnahme die Zulässigkeit der Feststellungsklage auf Grund irgend welcher behördlichen rechtsbenachteiligenden Handlungen, welche sich doch nur als Folgerung aus dem Verhalten des Gegners, seiner thatsächlichen Rechtsberühmung oder Rechtsnegation darstellen. Vgl. Bolze III Nr. 1148.

[90]) Daher keine Feststellungsklage nur auf Grund der Möglichkeit solchen Verhaltens, zur Vermeidung von Weiterungen für den Fall, daß ꝛc.

Digitized by Google

müsse, — es kommt nur auf die objektive Seite an. Die Sonnenklarheit der Rechtslage, die Unmöglichkeit, dieselbe durch Bestreiten oder Berühmen irgendwie zweifelhaft zu machen, schließt den Angriff aus. Die Verneinung einer Obligation seitens eines beliebigen dritten ist völlig bedeutungslos. Nur der kann sie angreifen, der in ihr steht, oder sie sich selbst anmaßt, also leugnet, verpflichtet zu sein, oder behauptet, berechtigt zu sein. Das Leugnen fremden absoluten Rechtes ist an sich nicht ausreichender Eingriff[91]). Es muß von einer Person ausgehen oder in einer Form auftreten, welche die Sicherheit des Rechts zu erschüttern vermag. — Nie kann der Angriff, welcher auf offenkundigem Rechtsirrtum ruht, die Rechtslage bedrohen[92]). Das Verhalten muß wirklichen Nachteil in sich bergen. Sein wahres Wesen erkennen wir zunächst an der Reaktion, welche dasselbe hervorruft.

Das Feststellungsinteresse als Interesse an der Feststellung muß durch die Feststellung befriedigungsfähig sein. In den Wirkungen des Urteils liegt sein Wert für den Kläger und zwar nicht in nebensächlichen, zufälligen, nachträglich mittelbar sich entwickelnden, sondern in den begrifflich dem Feststellungsurteil, dem Urteil gewünschten Inhalts für den Kläger gegenüber dem Beklagten zukommenden Wirkungen. Das aber sind die Rechtskraftwirkungen. An ihnen ist das „rechtliche Interesse" zu messen. Nicht demnach an etwaigem Gewinn, den außerhalb der Rechtsgewißheit der Prozeß verschaffen könnte: etwa der Aussicht auf vorteilhaften Vergleich, oder an dem moralischen, oder rechtlichen Nutzen des Urteils, welcher nicht im Bereiche des civilprozessualen Rechtsschutzes, der Rechtskraft liegt. Man hat kein Recht auf Feststellung, wenn man etwa durch das Urteil lediglich einen Akt der Ehrenrettung vollziehen[93]) oder für

---

[91]) Vgl. auch Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs Bd. III S. 423 Nr. 2.

[92]) Vgl. Seufferts Archiv Bd. IX Nr. 257.

[93]) Um kompromittierende Gerüchte, etwa der Teilnahme an wucherischen oder sonst übel beleumundeten, aber vorteilhaften Geschäften, zu widerlegen. Man kann weder gegen den angeblichen Kontrahenten, noch gegen dritte, welche

Digitized by Google

einen Strafprozeß ein Präjudiz schaffen will, d. h. ein Vorurteil, welches für das Strafgericht nicht bindend ist[94]). Im allgemeinen kommt ihm diese Kraft nicht zu, auch dann nicht, wenn der Strafrichter von der Befugniß der StPO. § 261 Abs. 2 Gebrauch macht. Es erscheint also die Feststellungsklage damit nicht motiviert, daß möglicherweise der Strafrichter auf sie Gewicht legen oder ihr zufolge der Staatsanwalt die Verfolgung unterlassen werde. Der höchste Gerichtshof hat in folgendem Falle anders entschieden[95]).

Die Kläger, Kossaten auf einem ritterschaftlichen Gut in Mecklenburg, klagten gegen den Gutsherrn auf Feststellung, daß sie zu demselben in einem bäuerlichen Rechtsverhältnisse stehen, wogegen der Beklagte behauptete, daß sie Gutstagelöhner seien. Letztere werden, falls sie ohne Rechtsgrund den Dienst verlassen oder den Gehorsam verweigern, bestraft. Der Gutsherr behauptete die Anwendbarkeit dieser Strafbestimmung gegenüber den Klägern und hatte gegen in gleicher Lage Befindliche bereits Bestrafung beantragt. Das Reichsgericht ließ entgegen dem Oberlandesgericht die Klage zu. Hatten die Kläger, was aus dem Urteil nicht ersichtlich, bereits gegen ihre Pflicht verstoßen, und handelte es sich darum, ob sie für diesen Thatbestand strafbar seien, so war das Urteil zweifellos unrichtig. Denn zu den „Rechtsfolgen" der civilen Feststellung würde dann keinesfalls die Entscheidung über die Strafbarkeit gehört haben. Fragte es sich dagegen um die Zukunft, so könnte das Urteil gerechtfertigt erscheinen nur von der Betrachtung aus, daß es sich um die Unsicherheit über den Inhalt des civilen Rechtsverhältnisses und daher auch um ein aus diesem selbst zu schöpfendes Interesse an seiner Feststellung handelte, wenn auch immer der Streit gerade in Anlaß der etwaigen strafrechtlich ver-

verleumden, klagen. Hier ist der Weg des Strafschutzes offen. A. M. Mandry a. a. O. S. 272. Vgl. das Beispiel bei Degenkolb a. a. S. 230 Anm.

[94]) Feststellungsinteresse mit Beziehung auf bevorstehenden Verwaltungsstreit vgl. Bolze Bd. III Nr. 1135, 1136.

[95]) Entsch. des Reichsgerichts Bd. XVI S. 390 I. CS. 22. Mai 1886. So auch OLG. Hamburg in Seufferts Archiv XLI Nr. 167.

Digitized by Google

schiedenen Folgen der civilistischen Verschiedenheiten entbrannt sein sollte[96]). Würde durch den Gegensatz „bäuerlich" und „Gutstagelöhner" keine gegenwärtig praktische Verschiedenheit des civilen Rechtsverhältnisses ausgesprochen, so wäre kein civiles Streitobjekt da; man stritte über Normen; es würde die Zulassung der Feststellungsklage gleichbedeutend mit dem Ausspruch sein: die Kossaten wollen wissen, ob sie straflos ihre Rechtspflichten verletzen können oder ob solche Verletzung ein strafbarer Thatbestand ist, daher haben sie ein „rechtliches Interesse" an der Feststellung, ob ihr Rechtsverhältnis das im Strafgesetz geschützte ist. — Mit Recht hat das Reichsgericht in anderer Entscheidung erkannt, daß die Feststellungsklage unzulässig ist darüber, daß der Beklagte nicht berechtigt sei, eine deliktische Handlung zu begehen[97]). Ebenso unzulässig ist sie darüber, daß eine vom Kläger beabsichtigte rechtswidrige Handlung kein Verbrechen sei.

Das rechtliche Feststellungsinteresse in dem Werte zu suchen, welchen die Rechtskraftswirkung des Urteils für den Kläger hat, erscheint gerechtfertigt durch ihre Beschränkung auf Rechtsverhältnisse des Klägers, durch ihre unerläßliche Tendenz auf das ihm civilistisch günstige Urteil, durch den Prozeßzweck überhaupt. Der Zedent hat keine Klage auf Feststellung der Verität der zedierten Forderung gegenüber dem Schuldner oder einem Forderungsprätendenten; sein Interesse am Schutz gegen Regreß genügt nicht, denn das Urteil könnte gegen ihn nicht schützen. Ebensowenig hat der Verkäufer die Feststellungsklage gegen den eviktionslustigen dritten[98]). Wir sagen: es fehlt die Aktivlegitimation; wir könnten ebenso gut sagen: es fehlt das Rechtsschutzinteresse. Zu seiner Wahrung giebt das Gesetz hier die eventuelle Nebenintervention[99]).

---

[96]) So scheint es nach Bolze Bd. III Nr. 1138 im gegenwärtigen Fall gewesen zu sein.

[97]) Bolze Bd. III Nr. 1143.

[98]) Bolze Bd. IV Nr. 1184.

[99]) Beim Prätendentenstreit und zwar zwischen Forderungsprätendenten könnte man das rechtliche Feststellungsinteresse um deswillen anzweifeln wollen,

Digitized by Google

Also unumstößliche Rechtsgewißheit ist das Ziel des Feststellungsanspruchs, Rechtsunsicherheit, ein die Rechtslage in diesem Sinne erschütterndes, den Kläger benachteiligendes Verhalten des Beklagten ihr Grund. Wie aber geschieht das?

Rechtsgefährdung[100]) ist verschieden möglich: durch Entfremdung der Vollstreckungsobjekte, Beseitigung der Beweise, Verdunkelung der Rechtslage, Erzeugen subjektiver Ungewißheit in einer benachteiligenden Weise. Das ist Gefahr im Hinblick auf die zukünftige Bewährung des vorhandenen Rechts oder Benachteiligung der gegenwärtigen Rechtslage. Gegen jene Gefahr ist die Feststellungsklage nicht verwertbar. Wird die wahre Rechtslage zur Zeit nicht ins Ungewisse gezogen, so bedarf es der Vergewisserung nicht. Da muß anders, durch Arreste, einstweilige Verfügungen, Maßregeln zur Sicherung der Beweise geholfen werden. Die subjektive Ungewißheit über vorhandene Rechtslage ist der eigentliche Feststellungsgrund. Sie ist nicht zu denken als eigener Zweifel des Berechtigten, wenn auch dieser möglich ist — er tritt mit fester Behauptung in der Feststellungsklage auf —; sie ist die Unsicherheit, in welche der Rechtszustand in den Augen Dritter gerät. In der Unberechenbarkeit des demnächstigen Verlaufs der Dinge, der Ungewißheit, wie späterer Rechtsstreit sich entscheiden werde, in dem schädlichen Einfluß, welchen zur Zeit diese Zweifelhaftigkeit der Lage auf den Feststellungskläger übt, ihrer hemmenden und lähmenden Wirkung hinsichtlich seines Verhaltens im Rechtsleben, seiner wirtschaftlichen

weil das Urteil zwar Rechtskraft schafft inter partes, aber nicht gegenüber dem Schuldner, also doch nicht eigentlich für die Hauptperson, und dennoch für die Obligation, das Rechtsverhältnis, welches festgestellt werden soll. Die Sache liegt so. Allerdings genügt nicht für solche Feststellungsklage die nackte Rechtsberühmung, wie sich unten noch zeigen wird, sondern eine Situation, welche gerade die rechtskräftige Feststellung inter partes auch dem Schuldner gegenüber, aber in anderer Beziehung, bedeutsam macht. Die Voraussetzung ist also auch hier eine wirkliche Bedrohung und daher Schutzbedürftigkeit des Rechtes: ähnlich wie in den Fällen CPO. § 61, 72.

[100]) Wenn Rechtsverletzung Feststellungsbedürfnis erzeugen kann, so ist die den Feststellungsanspruch gründende Natur der Handlung ohne weiteres klar gestellt. Daß sie es kann, s. auch unten S. 60.

Digitized by Google

Dispositionen, oder, wenn es sich um personen- und familienrechtliche Dinge handelt, seines Handelns im Familienleben u. dgl.: in diesem schädlichen Einfluß liegt das „Interesse", welches das Gesetz fordert. Denn Interesse ist ein Wertbegriff. Also Rechtswerte im weitesten Sinne stehen in Frage. Hier eröffnet sich das freie Feld der Kasuistik[101]). Doch folgende Gedanken geben, wenn auch nur schwankenden, Anhalt:

1. muß der Gegner — sei es mit Worten oder Thaten, dem rechtmäßigen Zustand entgegengetreten sein; auch die Unterlassung kann, wo Äußerung erwartet werden darf, sprechen. Der Normalfall bleibt bei positiver Feststellungsklage das Bestreiten, beziehentlich das mit dem Rechtsbestand unvereinbare Behaupten. Zu letzterem gehört die Prätension des mit dem klägerischen unvereinbaren Rechtes. Zur negativen Feststellungsklage berechtigt immer nur die Rechtsanmaßung.

2. muß dieses Verhalten des Gegners geeignet sein, den Rechtszustand ungewiß zu machen. — Wo Gewißheit bedeutungslos, ist von Ungewißheit nicht zu reden[102]).

3. muß aus der Ungewißheit der angedeutete Nachteil für den Rechtsverkehr erwachsen. So sicher hier nicht vage Behauptungen über Kreditgefährdung, wirtschaftliche Verkümmerung genügen, vielmehr die Beeinträchtigung substantiiert werden muß, so unrichtig scheint mir der zur Ablehnung negativer Feststellungsklage aufgestellte Satz des Reichsgerichts: daß der wirtschaftliche Nachteil der Kreditschädigung durch das Berühmen des Gegners nicht das rechtliche Interesse begründe, weil er ebensowenig wie die durch das Schweben des fraglichen Anspruchs angeblich bedingte Ungewißheit der Vermögenslage des Klägers das rechtliche Interesse treffe[103]). Mit

---

[101]) Dafür geben die Entscheidungen des Reichsgerichts schon jetzt gute Ausbeute.

[102]) Was ein beliebiger Dritter über das Forderungsverhältnis zweier Personen oder das Eigentumsverhältnis einer zu ihm in keine Beziehung gesetzten Sache denken mag, ist völlig gleichgültig.

[103]) Entsch. d. Reichsgerichts IV. CS. 27. September 1883, Bd. X S. 369.

Digitized by Google

diesem Satz und seiner Begründung wäre die Feststellungsklage in ihren wichtigsten Anwendungsfällen vernichtet. Mit Recht heißt es in dem betreffenden Urteil, „daß ein rechtliches Interesse nur solches sein könne, welches für die Parteien und zwar bezüglich eines bestimmten Rechtsverhältnisses von Bedeutung ist". Aber nicht zutreffend erscheint es, wenn fortgefahren wird: „das rechtliche Interesse kann daher lediglich aus dem konkreten streitigen Rechtsverhältnisse für das letztere entweder selbst oder für andere, davon abhängige und beeinflußte Rechtsbeziehungen, nicht aus andern zufälligen, außerhalb jenes Rechtsverhältnisses liegenden und davon weder unmittelbar noch mittelbar rechtlich berührten Umständen und Verhältnissen entlehnt und hergeleitet werden". Wie kann denn „für das Rechtsverhältnis selbst" etwas von größerem Interesse sein, als seine eigene Existenz? Und würde nicht mit diesem Hinüberspielen des Interessebegriffs lediglich auf das formal juristische Gebiet derselbe gänzlich verflüchtigt? Gerade in dem Einfluß des Urteils auf die die Substanz der civilistischen Rechtsgüter darstellenden Macht- und Wertverhältnisse liegt der Kern der ganzen Sache. Und bei der zur negativen Feststellungsklage herausfordernden ernstlichen Rechtsberühmung, d. h. der Behauptung eines Rechtes, Anspruches gegenüber dem Kläger ist allemal die Wahrscheinlichkeit eher für als gegen die Annahme des Interesses. Und ernstlich genug war in dem vom Reichsgericht entschiedenen Fall die Berühmung, denn sie war durch den Pfändungsakt und die Überweisung zur Einziehung bethätigt. — Die Anmaßung von Forderungsrechten ist zwar keine Rechtsverletzung im eigentlichen Sinne, so wenig, wie das Einklagen angemaßter Forderungsrechte; aber sie ist durchaus vergleichbar der ernstlichen verbalen Anmaßung von Befugnissen, die mit bestehenden absoluten Rechten nicht in Einklang sind. Wie hier genügen muß für die Feststellungsklage das Interesse der unangefochtenen Ausübung des Rechtes, so dort das Interesse, sicher

---

Mit Entschiedenheit hat sich dagegen erklärt das OLG. Hamburg in dem oben Note 95 citierten Erkenntnis.

Digitized by Google

zu sein über den Umfang der Passiven und die wirtschaftliche Verfügungsfreiheit hinsichtlich des Vermögens. — Daß das Interesse an der Sicherheit über den Inhalt eines Rechtsverhältnisses, die durch dasselbe der Partei auferlegten Pflichten und gewährten Rechte und demnach über das von ihr zu beobachtende Verhalten, ein ausreichendes sei, kann keinem Zweifel unterliegen und ist vom höchsten Gerichtshof nicht nur in dem letztbesprochenen Urteil, sondern wiederholt anerkannt[104]). — Die Rechtsanmaßung im Sinne des Forderungs-Prätendentenstreits wird dann das Schutzinteresse begründen, wenn sie auf das Verhältnis des Berechtigten gegenüber dem Schuldner von Einfluß ist, diesen in die Lage versetzt, sich auf die vorhandene Rechtsunsicherheit zu berufen, ihr zufolge die Zahlung zu weigern oder gerichtlich zu hinterlegen, oder wenn sie die Verfügung des Gläubigers über die Forderung nachteilig zu verschränken vermag.

Die Rechtsverletzung ist Feststellungsgrund als Nichterfüllung einer Verpflichtung zu fortlaufenden Leistungen; sie motiviert nicht nur die Verurteilungsklage wegen des Fälligen, sondern zugleich den Feststellungsanspruch für die zukünftigen Raten[105]). In dem Nichterfüllen liegt ein Angriff auf das den einzelnen Ratenanspruch erzeugende Totalrecht. Die Erklärung, dieses anzuerkennen, demselben nachleben zu wollen, wäre angesichts der Verletzung protestatio facto contraria, wenn nicht etwa die einzelne Nichtzahlung nur auf isolierten, allein diese Rate treffenden Befreiungsgrund sich stützt. Daher darf die Klage von vornherein auf das gesamte Rechtsverhältnis gestellt werden und ist auch durch Zahlung und Anerkennung während des Prozesses die Verurteilung nicht mehr abzuwenden. Und daher hat mit Unrecht der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches § 190 Abs. 2 — offenbar wegen nicht genügender Erkenntnis dieser Zusammenhänge —, die Klage auf „Verurteilung" bei wiederkehrenden Leistungen auf Grund von Rechtsgeschäften ausgeschlossen. Die Motive behandeln diese Klage

[104]) Man vgl. z. B. Bolze Bd. III Nr. 1141. 1144. 1150, IV Nr. 1185. 1186.

[105]) S. oben S. 38.

Digitized by Google

als eine Anomalie und glauben, daß bei rechtsgeschäftlichen Forderungen CPO. § 702 Nr. 5 genüge.

Diese Erörterungen fortzusetzen, ist hier nicht der geeignete Platz. Nur noch auf das eine für den Feststellungsanspruch wesentliche Merkmal des Schutzinteresses will ich — unter Vorbehalt der Frage nach der sogen. Subsidiarität der Feststellungsklage — hinweisen: es muß ein Interesse an alsbaldiger Feststellung sein. Das liegt in der Natur der Sache. Man hat Feststellungsinteresse, Rechtsschutzanspruch immer nur zur Zeit; ob jenes später vorliegen wird, wer kann es wissen? Aber doch deckt sich dieses Moment der Gegenwärtigkeit nicht ganz mit dem Begriff des Feststellungsinteresses. Besondere Umstände können es nämlich motivieren, daß eine Feststellung schon jetzt gefordert werden darf, während nach der Natur des das Interesse begründenden Thatbestandes man zweifeln könnte, ob das Schutzbedürfnis nicht eigentlich in der Zukunft liege. Solch ein Umstand kann gefunden werden in der drohenden Verschlechterung der Beweislage, überhaupt der voraussichtlich nachteiligeren Gestaltung der Rechtsverfolgung. Man könnte sagen, hier werde die Nativität des Feststellungsanspruches verfrüht[106]).

Ich komme zum Schlusse. Er gilt der aufgesparten Frage nach der Subsidiarität der Feststellungsklage. Schließt die Möglichkeit der Leistungsklage die Feststellungsklage aus? Die Antwort ergiebt sich nach den bisherigen Ausführungen von selbst. Weder schließt der Leistungs- (Verurteilungs-) den Feststellungsanspruch ein, noch schließt er ihn aus. Beide sind unabhängig von einander, auf Grund selbständiger Voraussetzungen, und kein begrifflicher oder gesetzlicher Grund steht der gleichzeitigen Koexistenz beider Ansprüche entgegen.

Eine gesetzliche Regelung des Verhältnisses beider Ansprüche finden manche Schriftsteller in der Forderung des Interesses an „als-

[106]) Vgl. Bolze Bd. IV Nr. 1189. Der durch Präklusion, Ablauf der Verjährung drohende Rechtsverlust ist Interessegrund; vgl. Bolze II Nr. 1563, V Nr. 1070.

Digitized by Google

baldiger" Feststellung. Sie legen dieses Wort so aus: es müsse der Kläger ein Interesse an der Prozeßantizipation haben: d. h. daran, daß vor dem Prozesse über den Anspruch das Rechtsverhältnis festgestellt werde. Das Wort „alsbald" bezeichne nicht die Notwendigkeit sofortiger Feststellung, sondern nur die Feststellung vor der Erhebung der Leistungsklage, obschon solche noch nicht zulässig sei[107]). Dabei stützt man sich auf die Worte der Motive, welche die Feststellungsklage rechtfertigen aus dem Feststellungsbedürfnis vor dem Beanspruchen der „materiellen Folgen" des Rechtsverhältnisses. Wie gebrechlich dieser Halt ist, bedarf keiner weiteren Ausführung mehr. Auch ist der dem Worte „alsbald" zukommende Sinn bereits klargestellt. An dem Beispiel der Klage auf Feststellung des gegenwärtigen, aber noch nicht bezifferten und in diesem Prozeß nicht zu beziffernden Schadenersatzanspruchs wurde gezeigt, daß es Feststellungsklage trotz vorhandener Befriedigungsbedürftigkeit des Rechts und zwar Klage auf Feststellung des Anspruchsbestandes selbst giebt.

Mit Recht ist denn auch der allgemeine Rechtssatz zurückgewiesen worden[108]): daß der Beklagte ein Recht darauf habe, nicht mit vermeidlicher Pluralität der Prozesse behelligt zu werden[109]).

---

[107]) So Rocholl a. a. O. S. 153, Seuffert, CPO. S. 284 tit. c. Auch in Entscheidungen des Reichsgerichts kehrt dieser Gedankengang wieder, vgl. z. B. das Urteil des V. CS. in der Note 109.

[108]) O. Bähr, Rechtsfälle S. 168.

[109]) Dieser Gedanke kehrt öfter in den Entscheidungen des Reichsgerichts wieder, z. B. in der vielcitierten des III. CS., 3. Mai 1881, Bd. IV S. 438; V. CS., 17. Januar 1885 in den Beiträgen zur Erläuterung u. s. w. Bd. XXIX S. 418 („eine derartige Teilung und Trennung des Klagerechts würde zur willkürlichen Vervielfältigung der Prozesse führen, welche dem Kläger nicht gestattet sein kann"), IV. CS., 22. Juni 1885 Bd. XIII S. 437; II. CS., 4. Oktober 1887 in der Juristischen Wochenschrift 1887 S. 434 Nr. 8 („der Absicht des Gesetzgebers aber konnte es nicht entsprechen, in die Willkür des Klägers zu stellen, wegen eines und desselben Anspruchs zwei Prozesse zu erheben, den Beklagten zweimal zur Einlassung auf die Klage zu zwingen und ihn unnötigerweise mit doppelten Kosten zu belasten"). Plenarentscheidung vom 28. Juni 1888 in Jurist. Wochenschrift 1888 S. 362 („prozessualischer

Digitized by Google

Eine solche exceptio litis dividuae kennt unser Recht nicht. Der Berechtigte ist nicht gehindert, mit aufeinanderfolgenden Teilklagen seinen Gegner zu plagen. Mag dieser doch vollzahlen, wenn er sich dem entziehen will, oder mag er widerklageweise den ganzen Anspruch in den Prozeß ziehen, falls er die Totalentscheidung wünscht. Und wer sagt denn, daß z. B. der auf Feststellung des Eigentums gegen den Besitzer erhobenen Klage notwendig die rei vindicatio folgen müsse? Würde nicht, wenn dem so wäre, jener allgemeine Rechtssatz gegen die Feststellungsklage auch dann sprechen, wenn zwar der Beklagte Besitzer, aber noch nicht verpflichtet zur Rückgabe ist? Tritt hier nicht klar zu Tage, daß ganz andere Erwägungen, als jene prozeßpolitische Betrachtung über die Verminderung der Prozesse entscheidend sind? Die Subsidiarität der Feststellungsklage ist sonach im Rechte nicht begründet[110]).

Umgekehrt darf freilich auch nicht aus der Zulässigkeit der Leistungsklage ohne weiteres auf die der Feststellungsklage geschlossen werden[111]). Die Befriedigungsbedürftigkeit des Rechts ist Schutzgrund für den Anspruch, nicht Schutzgrund für das ihm zu Grunde liegende Recht, wenn es nicht als befriedigungsbedürftiges geltend gemacht wird. Ich habe diesen Gedanken schon oben S. 39 ausgeführt. Die Feststellungsklage ist nicht das Minus gegenüber der Leistungsklage. Es ist nicht richtig, wenn in Anwendung auf ihr Verhältnis gesagt wird: Der Beklagte habe kein Interesse daran, nicht sofort mit der strengeren Klage verfolgt zu werden. Denn

---

Grundsatz": „daß es dem Kläger nicht gestattet ist, willkürlich die mehreren Streitpunkte auseinanderzureißen und den Beklagten, obgleich er sein ganzes Recht in einem Prozesse durchführen kann, unnötigerweise in zwei Prozesse zu verwickeln").

[110]) Anders die frühere sächsische Praxis auf Grund des Bürg. Gesetzbuchs § 147, vgl. Wengler und Brachmann, Das Bürg. Gesetzbuch Bd. I § 147, OLG. Braunschweig in Seufferts Archiv Bd. XXXV Nr. 175, XXXVI Nr. 123; Bayer. OLG., Blätter f. Rechtsanwendung XLVII. Jahrg. S. 230 f.

[111]) Das ist die Meinung von O. Bähr a. a. O. S. 168 f. So u. a. auch das reformierte Urteil des Kasseler OLG. in Entsch. des Reichsgerichts Bd. IV S. 437 f.

Digitized by Google

nicht die größere Milde kennzeichnet die Feststellungsklage, sondern das andere Rechtsschutzinteresse.

Das Reichsgericht hat daher dort den richtigen Weg beschritten, wo es auch bei möglicher Leistungsklage die Feststellungsklage unter der Voraussetzung des besonderen Feststellungsinteresses für zulässig erklärt[112]).

Dabei geht es gelegentlich von der Vorstellung aus, daß an und für sich normal die Leistungsklage anzustellen wäre, und nur ausnahmsweise, nämlich wenn besondere „Hinderungsgründe" dargelegt würden, die Feststellungsklage Platz greife[113]). Das Zustellungsinteresse würde sich danach wesentlich negativ bestimmen, ein Interesse sein: „nicht auf Erfüllung zu klagen"[114]). Da aber doch offensichtlich das Interesse, nicht auf Leistung zu klagen, noch keineswegs das Interesse am Feststellungsschutz ist, so finde ich in jenem Gedanken des Reichsgerichts den Kern: die pure Anspruchsexistenz begründet Entscheidungsanspruch, dieser kann, obschon an und für sich Verurteilungsanspruch, zum Feststellungsanspruch werden, wenn der Verfolgung des ersteren hindernde Momente entgegenstehen. Das ist nicht richtig. Man muß unterscheiden, angesichts vorhandenen befriedigungsbedürftigen Rechtes, also purer Anspruchsexistenz, zwischen der Feststellungsklage, welche den Anspruch selbst als nicht befriedigungsbedürftigen (nicht bezifferten) geltend macht, und derjenigen, die das ihm zu Grunde liegende Recht (Rechtsverhältnis) zum Gegenstande hat. Ich habe bereits oben S. 39 dargelegt, daß im ersteren Falle die Thatsache der Behinderung an der Bezifferung des Anspruchs, z. B. der Mangel der Beweismittel u. dergl.,

---

[112]) Vgl. Urteile des Reichsgerichts in Entsch. Bd. IV S. 438, V S. 394, XIII S. 437 (verba: „nicht ohne besonderen Grund", „nicht ohne einen rechtfertigenden Grund"), Bolze, Bd. V Nr. 1064, Beiträge zur Erl. Bd. XXIX S. 419, Bd. XXXII S. 1179 f., Jurist. Wochenschrift 1888 S. 177 Nr. 3, Plenarentscheidung, daselbst S. 363 f., vgl. auch Entsch. von O. Bähr a. a. O. S. 148 Nr. 8.

[113]) So besonders deutlich in dem Urteil des IV. CS. in Jurist. Wochenschrift 1888 S. 177.

[114]) Vgl. O. Bähr a. a. O. S. 168.

Digitized by Google

doch keinen Grund abgeben kann, den illiquiden Anspruch etwa gegen denjenigen feststellen zu lassen, welcher den Schuldgrund gar nicht bestreitet, vielleicht dem Berechtigten ausdrückliches Anerkenntnis seiner Haftpflicht ausgestellt hat. Und in dem anderen Falle kann die Leistungsklage die Feststellungsklage schon deshalb nicht ausschließen oder doch der Regel nach ausschließen, weil beide verschiedenen Gegenstand haben. Der Vindikationsberechtigte kann nicht mit der einfachen Berufung auf irgend welche Hemmnisse sich auf die Präjudizialklage zurückziehen. Denn an und für sich liegt in der Thatsache des widerrechtlichen Besitzes, dem Nichterfüllen des dinglichen Anspruchs noch keineswegs das Bestreiten des Eigentums, ein Angriff auf dasselbe, welcher seine Feststellung herausforderte. Kann nicht die Herausgabe verweigert werden, weil ein Gegenrecht angenommen wird, während das Eigentum keinen Augenblick geleugnet wurde? Und ähnlich steht es bei allen dinglichen Rechten, bei allen Rechtsverhältnissen obligatorischer Natur, aus denen ein einzelner fälliger Anspruch erwachsen ist. Andererseits ist in allen solchen Fällen nicht abzusehen, wie die Möglichkeit der Leistungsklage in irgend einer Weise verschränkend auf den Feststellungsanspruch wirken soll? Nur das *eine* ist zuzugeben: dieser darf in seinem rechtlichen Interesse an alsbaldiger Feststellung nicht begründet werden mit dem Hinweis auf die Rechtsverletzung und deren Beseitigung. Der Vindikationsberechtigte kann mit der Klage auf Feststellung des Eigentums nicht durchdringen, wenn er sie stützt auf die Thatsache, daß das Eigentum vom Besitzer bestritten und infolge dessen die Herausgabe verweigert wird, denn solche Feststellungsklage ist schlechterdings nicht geeignet, das vorhandene Interesse zu befriedigen. Aber hat der Vindikationsberechtigte kein Interesse an der Rückgabe, liegt ihm jedoch daran, das Eigentumsrecht festgestellt zu sehen, weil die Anerkennung und ungehinderte Durchführung seiner Verfügungen über das Objekt davon abhängt, so ist die Feststellungsklage das richtige Schutzmittel. Man muß sich also freimachen von der bisher beliebten Verschränkung des einen Rechtsschutzanspruchs durch den andern. Jeder hat seine selb-

Digitized by Google

ständigen positiven Voraussetzungen; der eine ist nicht eine Ausnahme von der Regelmäßigkeit des anderen. Die Möglichkeit der Leistungsklage schließt nur eine Feststellungsklage aus, welche in der Befriedigungsbedürftigkeit ihren Schutzgrund finden wollte, denn solche Klage wäre nur als Leistungsklage, als Klage auf Feststellung des befriedigungsbedürftigen Anspruchs denkbar und als Feststellungsklage ohne das richtige Petitum. Der Feststellungsschutz aber hat trotz der Befriedigungsbedürftigkeit des festzustellenden Rechtes überall dort Berechtigung, wo ein anderes rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung vorliegt.

Digitized by Google

Die
deutsche Genossenschaft.

Von

Rudolph Sohm.

Digitized by Google

Digitized by Google

Sollte es möglich sein, das Wesen der deutschen Genossenschaft zu erfassen?

Der Geist der Genossenschaft geht um. Beseler hat ihn zuerst erblickt, Gierke mächtig mit ihm gerungen. Viele erklären ihn für ein Gespenst. Das Ganze sei bloße Sinnestäuschung, welche beim Gebrauch des rechten (römisch geschliffenen) Augenglases von selbst verschwinde. Sollte die ganze bedeutende wissenschaftliche Arbeit, welche auf die Frage gewandt ist, wirklich um nichts gewesen sein?

Es giebt eine Genossenschaftsfrage. So viel kann als zweifellos betrachtet werden. Das deutsche Recht hat vermögensgemeinschaftliche und körperschaftliche Bildungen, welche nicht ohne weiteres in die Kategorieen unserer romanistischen Lehre aufgehen. Um das Wesen dieser Bildungen handelt es sich. Sie spielen noch in unserem heutigen Recht eine Rolle. Proteusartig hat der Begriff der Genossenschaft in dem Kampf, welchen die germanistische Litteratur mit ihm geführt hat, seine äußere Erscheinung gewechselt. Sollte es möglich sein, ihn zu zwingen, daß er in seiner wahren Gestalt vor uns erscheine?

Die folgende Darstellung beschränkt sich auf die Genossenschaft des Privatrechts. Hier liegt der Sitz der Streitfrage. Auf diesem Gebiet gilt es, zunächst zur Klarheit zu gelangen.

Die ältere Lehre von Beseler und seinen nächsten Nachfolgern, welche die „Genossenschaft" für ein Mittelding zwischen Korporation und Kommunion erklärte, „indem hier unter den mannigfaltigsten

Digitized by Google

Kombinationen das Recht der Gesamtheit mit dem der einzelnen Mitglieder durchwachsen ist, und namentlich in Beziehung auf das Vermögen eine Verbindung der universitas mit der communio vorliegt“ [1]), wird in dieser Gestalt von niemand mehr vertreten. Gierke erklärt dieselbe für das „Gährungsstadium“ der Genossenschaftstheorie [2]).

Heute beherrschen zwei Schriftsteller die Situation: Gierke einerseits, Heusler andererseits.

Nach Gierke ist die Genossenschaft die Körperschaft (Korporation) des deutschen Rechts. Der Kern des deutschen Körperschaftsrechts ist für Gierke der Begriff der Körperschaft als „realer Gesamtperson“. Daraus wird eine Reihe von Sätzen über Entstehung und Beendigung, über Rechtsfähigkeit, über Willens- und Handlungsfähigkeit der Körperschaften, namentlich aber der Satz gefolgert, daß in der deutschen Körperschaft die „Verbindung von Einheitsrecht und Vielheitsrecht“ möglich ist. Es ergiebt sich „der Begriff eines körperschaftlichen Gesamteigentums und sonstiger das Einheitsrecht des Verbandes durch Sonderrechte der Glieder einschränkender Vermögensgemeinschaften“ [3]). Der deutsche Körperschaftsbegriff hat Raum für „eine organische Verbindung von Einheitsrecht und Vielheitsrecht“. Die deutsche Körperschaft „büßt hiermit nichts von ihrem körperschaftlichen Wesen ein; sie wird nicht zu einem Mittleren zwischen Gemeinheit und Gesellschaft“. Aber weil sie „innerhalb des Körperschaftsrechts dem Vielheitsrecht Raum schafft“, vermag sie in ihrer thatsächlichen Gestaltung den Rechtsformen des Gesellschafts- und Gemeinschaftsrechts sich anzunähern. Die deutsche und moderne Körperschaft ist von der römischen Korporation durch das „genossenschaftliche Prinzip“ unterschieden, und das „genossenschaftliche Prinzip“ besteht

[1]) Beseler, Volksrecht und Juristenrecht (1843) S. 164.

[2]) Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung (1887) S. IX. 2.

[3]) Gierke a. a. O. S. 5. 8. 9.

Digitized by Google

in der Möglichkeit der „verfassungsmäßigen Verknüpfung von vielheitlichem Sonderrecht der Glieder mit dem einheitlichen Gesamtrecht einer Verbandsperson“ [4]).

Also, auf die Körperschaften des Privatrechts (Vermögensrechts) angewandt: Nach römischem Recht besteht eine scharfe Scheidung zwischen dem Vermögen der Korporation und dem Vermögen ihrer Mitglieder. Das Vermögen der Korporation ist *nicht* auch Vermögen ihrer Glieder, auch nicht zu einem Teil. Das Vermögen der Korporation ist lediglich und ausschließlich *Alleineigentum* (dieser Ausdruck möge hier für die gesamte Vermögenszuständigkeit gestattet sein) *der Gesamtheit*, nicht in irgend welchem Sinne auch Miteigentum der einzelnen Glieder. Anders (nach *Gierke*) bei der deutschen und modernen Körperschaft. Hier ist infolge des genossenschaftlichen Prinzips eine „vermögensgenossenschaftliche Struktur der Körperschaft“ möglich und häufig (Beispiele die Markgenossenschaft, die Gewerkschaft, die Aktiengesellschaft). Infolge dieser vermögensgenossenschaftlichen Struktur liegt ein „*korporatives Gesamteigentum*“ vor, welches darin besteht, daß sowohl der Gesamtheit wie den einzelnen Gliedern „dingliche Rechte“ am Körperschaftsvermögen zustehen, welche „irgendwie als Eigentumsanteile oder Eigentumssplitter konstruiert werden müssen“. Es liegt „weder ein mit dinglichen Sonderrechten unverträgliches korporatives Volleigentum, noch ein das selbständige dingliche Recht der juristischen Person ausschließendes Miteigentum“ vor [5]). Folglich: an dem Vermögen der Genossenschaft besteht *weder Alleineigentum der Gesamtheit, noch auch Miteigentum der einzelnen Glieder*, sondern „genossenschaftliches Gesamteigentum“. Dies genossenschaftliche Gesamteigentum aber ist ein Begriff, für welchen „das Individualrecht ein passendes Begriffsschema nicht bietet“. Es handelt sich vielmehr um eine „durch das *Sozialrecht* ermöglichte Form der Eigentumsordnung“. Das

[4]) *Gierke* a. a. O. S. 306—309.

[5]) *Gierke* a. a. O. S. 318. 319.

Digitized by Google

genossenschaftliche Gesamteigentum ist keine rein sachenrechtliche Bildung, sondern „gehört zugleich dem Sachenrecht und dem Körperschaftsrecht an". Das Recht als Ganzes (die Summe der Rechte, welche einerseits der Gesamtheit, andererseits den einzelnen Gliedern zustehen) ist allerdings Eigentum im Sinn des Individualrechts (Privatrechts). Aber die einzelnen Eigentumsbefugnisse sind „nach genossenschaftlichem Prinzip zwischen Einheit und Vielheit verteilt". Es liegt vor ein Eigentum mit „sozialrechtlicher Verteilung der Eigentumsbefugnisse". Das Eigentum „am Ganzen" ist „voll und ausschließlich der juristischen Person zuständig", aber „auch die zu Sonderrecht verteilten Splitter dieses Herrschaftsrechts sind als anteilmäßige Rechte dinglicher Art", jedoch nicht als „Miteigentumsanteile" zu denken. Es handelt sich, sowohl für das Eigentum der Gesamtheit wie für die „Anteile" der einzelnen Glieder, um „sachenrechtliche Begriffe von sozialrechtlicher Färbung". Es liegt vor „eine verfassungsmäßige Verteilung der an einem Vermögensinbegriff begründeten Privatrechtsherrschaft zwischen der einheitlichen und der vielheitlichen Rechtssubjektivität der genossenschaftlich verbundenen Gesamtheit" [6]).

Es ist klar, daß in diesen Ausführungen Gierkes ein erheblicher Fortschritt gegenüber dem „Durchwachsensein" Beselers gegeben ist. Gierke unternimmt es, Grund und Art der vorliegenden Schwierigkeit zu bezeichnen. Er sagt: Die Kategorieen des Privatrechts reichen nicht aus. Wir bewegen uns auf dem Gebiet des Genossenschaftsrechts gewissermaßen in einer anderen Ebene als auf dem Gebiet des Privatrechts. Hier (in der Ebene des Genossenschaftsrechts) giebt es gar kein Eigentum im Sinne des Privatrechts. Weder das Recht der Gesamtheit (für sich allein), noch das Recht des Einzelnen (für sich allein) kann für Eigentum (oder Miteigentum) im Sinne des Privatrechts erklärt werden. Dergleichen ist überhaupt in dieser Sphäre des Sozialrechts gar

[6]) Gierke a. a. O. S. 320—330.

Digitized by Google

nicht denkbar. Es handelt sich allerdings um „sachenrechtliche" Befugnisse; aber um sachenrechtliche Befugnisse nicht von privatrechtlicher, sondern von „sozialrechtlicher Färbung". Diese sachenrechtlichen Befugnisse sind „verfassungsmäßig" zwischen der Einheit und der Vielheit verteilt und sind durch dieselbe Verfassung „organisch" mit einander „verbunden".

Sehen wir von der „organischen Verbindung" (diesem Nachklang der Beselerschen Formel) ab, so haben wir hier zweifellos eine bedeutsame, der wissenschaftlichen Betrachtung neue Gesichtspunkte zuführende Gedankenreihe vor uns. Es fragt sich allerdings, ob wir und wie weit wir innerhalb des Körperschaftsrechts mit den überlieferten Denkformen des Privatrechts auszukommen imstande sind. Und zweifellos stellt z. B. das Mitgliedschaftsrecht des Aktionärs als solches kein Forderungsrecht im Sinne des Privatrechts, allerdings nach meiner Meinung auch kein „Sachenrecht" im Sinne Gierkes dar.

Trotzdem vermag die Ausführung Gierkes nicht zu befriedigen. Und zwar deshalb, weil sie zu lauter unbekannten Größen führt. Die „Eigentumssplitter" Gierkes, die „sachenrechtlichen Befugnisse von sozialrechtlicher Färbung", das Eigentum „am Ganzen", welches doch „kein Volleigentum" ist (obgleich der juristischen Person „ausschließlich" zuständig), die „anteilmäßigen" dinglichen Rechte, welche doch kein Miteigentum bedeuten, — das sind sämtlich Vorstellungen, welche in das Gebiet der Klarheit zu erheben, Gierke nicht gelungen ist. Ein Unbekanntes wird durch ein anderes Unbekanntes erklärt. Deutlich ist nur, daß die uns bekannten Vorstellungen von Eigentum, Sachenrecht, Miteigentum keine Anwendung finden sollen. Aber welche anderen Vorstellungen an ihre Stelle zu treten haben, das wird nirgends deutlich. Trotz aller Mühe und Gedankenarbeit schlägt immer wieder der Nebel über uns zusammen, verschwimmendes Helldunkel um uns verbreitend, welches, trotz der Ansicht mancher, auch in „germanistischen" Arbeiten lediglich ein Fehler ist.

Der Fehler liegt darin, daß die Grenze zwischen dem privat-

Digitized by Google

rechtlichen und (der Ausdruck möge gestattet sein) dem sozialrechtlichen Gebiet nirgends klar gegeben ist. Es handelt sich um die Genossenschaft als Trägerin von vermögensrechtlichen Verhältnissen. Das heißt: es handelt sich um eine Frage, welche zunächst und an erster Stelle durchaus privatrechtlicher Natur ist. Soweit es sich um die Zuständigkeit des Vermögens, und damit, soweit es sich um das Wesen des Vermögensrechts handelt, können nur Kategorieen des Privatrechts in Frage kommen. Denn die Frage nach der Zuständigkeit und nach der Art des Vermögensrechts ist eine ganz jenseits alles Körperschaftsrechts und aller Körperschaftsverfassung liegende, rein privatrechtliche Frage. Die Kategorieen des „Sozialrechts" können nur dort und erst dort Anwendung finden, wo Ausübung und Verwaltung jener Vermögensrechte in Frage steht. Über die Zuständigkeit und über die Art der Vermögensrechte kann keine Verfassung irgendwas bestimmen, wohl aber über die Weise, in welcher diese Vermögensrechte ausgeübt und über dieselben verfügt werden soll. Nur bei solcher Scheidung, welche dem Privatrecht giebt, was des Privatrechts ist, und dem „Sozialrecht", was des Sozialrechts ist, wird es möglich sein, zu Begriffen zu gelangen, welche, der bekannten Gedankenwelt sich einfügend, den Inhalt derselben zu erweitern und, was vor allen Dingen not thut, Deutlichkeit um sich zu verbreiten imstande sind.

In Gegensatz zu Gierke erklärt Heusler die deutsche Genossenschaft für eine „reine juristische Person", d. h. für eine juristische Person derselben Art, wie sie uns aus dem römischen Recht bekannt ist. Das Vermögen der Genossenschaft (z. B. der Markgenossenschaft) ist lediglich Alleineigentum der Gesamtheit als juristischer Person. Von irgendwelcher „Verbindung" von „Einheitsrecht und Vielheitsrecht" ist gar keine Rede. Auch die Idee des Gesamteigentums ist ausgeschlossen, denn es fehlt das Kennzeichen der gesamten Hand, die gemeinsame Verfügung der Genossen über das gemeinsame Vermögen. Vielmehr verfügt in der Genossenschaft über das Genossenschaftsvermögen der Beschluß der Gesamt-

Digitized by Google

heit als Einheit (bezw. ihrer Organe) nach Maßgabe der Genossenschaftsverfassung. Dadurch ist (nach Heusler) jede Idee der Vermögensgemeinschaft ausgeschlossen, vielmehr die Idee der juristischen Person und des Alleineigentums derselben von vorneherein (schon „mit der ersten Entstehung der Markgenossenschaften") gegeben. Den Gliedern der Genossenschaft steht als solchen keinerlei Anteil, ja überhaupt keine „Rechte" am Genossenschaftsvermögen zu. Die Nutzungsbefugnisse der Markgenossen an der Almende sind nur „Nutzungen", keine Nutzungsrechte. Sie belasten daher das Alleineigentum der Genossenschaft in keiner Weise, stellen vielmehr lediglich einen Ausfluß desselben dar, und entbehren jeder dinglichen Wirkung nach außen. Selbst das Recht des Markgenossen an seiner Hufe ist nach Heusler kein Recht und dürfte „streng genommen" nicht als „Eigen" bezeichnet werden. An der gesamten Gemeindeflur hat die Genossenschaft das ausschließliche Eigentum, und nur sie allein vermag nach außen als Eigentümerin aufzutreten. Die „Vielheitsrechte" Gierkes sind völlig verschwunden; lediglich das volle, normale, den Kategorieen des gemeinen Privatrechts genau entsprechende Alleineigentum der Genossenschaft als Gesamtheit (juristische Person) ist übrig geblieben. Mit derselben sicheren Dialektik, welche wir vom römischen Recht her gewohnt sind, wird hier das Recht der deutschen Genossenschaft vor uns ausgebreitet[7]).

Wo ist die Wahrheit? Werden wir für die Lehre Gierkes oder für die Lehre Heuslers oder für ein Drittes uns entscheiden?

---

[7]) Vgl. Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts, Bd. 1 (1885) S. 253 ff., besonders S. 262—268. Von anderweitigen Ausführungen ist namentlich die von Laband in Goldschmidts Zeitschr. f. Handelsrecht Bd. 30 S. 483 ff. hervorzuheben. Doch geht Laband lediglich polemisch gegen Gierke vor, ohne seinerseits eine eigene Theorie von der deutschen Genossenschaft zu entwickeln.

Digitized by Google

I.

Die deutsche Genossenschaft des mittelalterlichen Rechts.

In einem Punkt ist Heusler zweifellos im Recht. Das Eigentum der Genossenschaft darf nicht als Gesamteigentum, d. h. nicht als Vermögensgemeinschaft zu gesamter Hand aufgefaßt werden. Für die gesamte Hand ist charakteristisch, daß die Verwaltung des gemeinsamen Vermögens grundsätzlich durch die einzelnen Mitglieder vor sich geht, sei es daß sie (was für Verfügung über die Grundstücke die Regel bildet) alle gemeinsam „mit gesamter Hand", sei es, daß sie (was für die Verfügung über bewegliche Sachen und für die rein obligatorische Verfügung die Regel bildet) als Einzelne auftreten. Davon ist bei der Genossenschaft nie die Rede. Bei der Genossenschaft spielt die gesamte Hand, überhaupt das Auftreten der einzelnen Mitglieder als solcher nach außen gar keine Rolle. Für das Handeln und Verfügen der Genossenschaft ist nicht das Handeln und Verfügen der einzelnen Glieder, sondern allein das Handeln und Verfügen der Gesamtheit durch ihre verfassungsmäßigen Organe nach außen wirksam. Darum: die Genossenschaft bedeutet den Gegensatz der gesamten Hand (Gemeinderschaft)[8]).

Noch mehr, der hervorgehobene Gegensatz der Genossenschaft gegen die Gesamthand tritt von vornherein im deutschen Recht deutlich sichtbar vor uns auf. Die deutsche Markgenossenschaft, die älteste und dauerhafteste von allen deutschen Genossenschaften, hat, wenngleich sie, wie wir sehen werden, aus familienartigen Verbänden hervorgegangen ist, dennoch, wenigstens in geschichtlicher Zeit, niemals die Rechtsform der gesamten Hand, sondern immer und ausschließlich die Rechtsform der Genossenschaft aufgewiesen. Gierke hat die Ansicht vertreten, daß die alte Markgenossenschaft eine noch

[8]) Heusler a. a. O. S. 257. 258.

Digitized by Google

unentwickelte Form der deutschen Genossenschaft, eine zwischen Gesamthand und Genossenschaft (Körperschaft) schwankende Form vertreten habe[9]). Dem hat Heusler widersprochen[10]). Und mit Recht. Von vorneherein verfügte über die Mark ausschließlich die Gemeinde als Ganzes durch ihre Organe, niemals die einzelnen Glieder als solche. Das heißt: die Markgenossenschaft hat von vorneherein genossenschaftliche, und ganz ausschließlich genossenschaftliche Organisation, niemals aber (in geschichtlicher Zeit) die Organisation der gesamten Hand gehabt.

Aber Heusler folgert aus den hervorgehobenen Thatsachen, daß damit die deutsche Genossenschaft von vorneherein den Charakter einer juristischen Person nach Art des römischen Rechts aufgewiesen habe. Er sagt: Sobald die Gesamthand aufhört, sobald das einzelne Mitglied als solches keinerlei Verfügung mehr über das Vermögen hat, hört zugleich das Subjektverhältnis des Einzelnen zu dem gemeinsamen Gut auf. Sobald nur noch die Gesamtheit durch ihre verfassungsmäßigen Organe verfügungsberechtigt ist, hat damit die Setzung der Gesamtheit als Rechtssubjekt des Vermögens stattgefunden. Hier ist ein „idealer Wille" zu rechtlicher Anerkennung und Verfügungsmacht gelangt, und darin liegt (nach Heusler), daß dieser ideale Wille „selber als Person gedacht und behandelt wird". Mit anderen Worten: die Genossenschaft (Markgenossenschaft) ist, weil sie kraft ihrer Verfassung einen eigenen Willen und kraft der Rechtsordnung für diesen ihren eigenen Willen ein privatrechtliches Herrschaftsgebiet hat, eine juristische Person, und das Genossenschaftsvermögen Alleineigentum dieses idealen Subjekts, dieser juristischen Person in dem oben (S. 5) entwickelten Sinne[11]).

Diesen Schlußfolgerungen Heuslers vermag ich nicht beizutreten. Das Dasein eines Gesamtwillens (die korporative

[9]) Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. 2 (1873) S. 134. 135. 382 und sonst.

[10]) Institutionen Bd. 1 S. 281.

[11]) Heusler a. a. O. S. 256—258.

Digitized by Google

Organisation) und auch das Dasein einer diesem Gesamtwillen gegebenen, privatrechtlich erheblichen Gesamtmacht genügt noch nicht, um das Dasein einer juristischen Person, einer Korporation (Körperschaft) im Sinne des Privatrechts zu begründen.

Eine Korporation (juristische Person) im Sinne des Privatrechts ist nur da gegeben, wo ein vermögensfähiger Gesamtwille, noch nicht aber da, wo ein privatrechtlich verfügungsfähiger Gesamtwille im Recht Anerkennung gefunden hat.

Diese Thatsache gerade ist es, welche durch das deutsche Genossenschaftsrecht klar wird.

Wie das Recht der römischen Korporation sich an dem Munizipium, gerade ebenso hat das Recht der deutschen Genossenschaft sich an der Gemeinde, zuerst der Landgemeinde (Markgenossenschaft), dann der Stadtgemeinde entwickelt. Die Gemeinde ist das geschichtliche Urbild der Körperschaft. An der deutschen Gemeinde studieren wir die deutsche Genossenschaft.

Nun ist bekannt genug, daß von den alten Zeiten her durch das ganze Mittelalter hindurch die Anschauung vorwaltet, welche das Gemeindevermögen als gemeinsames Vermögen der Gemeindegenossen betrachtet und bezeichnet. Gerade davon führt es seinen Namen. Das Gemeindevermögen ist und heißt Gemeinvermögen der Märker, der Nachbarn, der Genossen. Der Gemeinwald ist und heißt die „silva communis". Die Gemeinweide ist und heißt „communis compascuus terminus". Die gemeine Mark ist und heißt die „Almende", die „Allen" gemeinsame. „Den Märkern", „den Nachbarn" gehört das Gemeindegut[12]). Ja, dem Gemeindegenossen wird ausdrücklich ein „Teil", eine „portio" an dem Gemeindevermögen zugeschrieben[13]), und heißen die Gemeindegenossen im Verhältnis zu einander geradezu „Ganerben"[14]). Sie sind und heißen Miteigentümer des Gemeindeguts.

---

[12]) Zahlreiche Belege bei Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. 2 S. 171—173.

[13]) Gierke, Bd. 2, S. 330 Note 8.

[14]) Gierke, Bd. 2 S. 330 Note 10.

Digitized by Google

Heusler versucht, die Beweiskraft dieser Thatsachen durch den Hinweis darauf abzuschwächen, daß das Gemeindevermögen, wie ebenfalls bekannt ist, häufig auch der „Gemeinde", der „communitas", der „universitas" zugeschrieben wird[15]).

Ausschlaggebend ist die Thatsache, daß die Rechtssätze von der Vermögensgemeinschaft (von Miteigentum, Mitrecht, Mitschuld) auf das Gemeindevermögen Anwendung finden.

Es sind namentlich zwei Rechtssätze, welche hier von Bedeutung sind.

Der eine Rechtssatz ist der: Unter den Gemeindegenossen gilt (in Bezug auf das „Gemeindevermögen") Anwachsungsrecht.

Um diesen Rechtssatz klar zu stellen, gilt es, an den Gegensatz des römischen Miteigentums zu erinnern. Das römische Miteigentum ist Miteigentum zu festen Anteilen. Bei Wegfall eines Miteigentümers wird sein Gut keineswegs den andern Miteigentümern anfallen. Im Gegenteil: seine Quote ist veräußerlich, und seine Quote wird vererbt wie sein übriges Vermögen, sei es ab intestato, sei es ex testamento, sei es auf Angehörige (nahe oder ferne), sei es auf Fremde. Seine Quote ist für die Vererbung wie für die Veräußerung sein freies Eigentum gleich seinem übrigen Vermögen. Das deutsche Recht hat neben solchem Miteigentum zu festen Anteilen noch eine andere Art des Miteigentums ausgebildet, welches wir als Miteigentum mit beweglichen Anteilen, oder als Miteigentum mit gegenseitigem Anwachsungsrecht bezeichnen können. Fällt ein Miteigentümer fort, so wird seine Quote nicht vererbt, sondern vergrößert den Anteil der übrigen. Eine Ausnahme findet nur zu Gunsten seiner hausangehörigen Erben (heredes domestici) statt, welche schon bei seinen Lebzeiten als Mitinhaber seines Vermögens gedacht werden und nach seinem Tode kraft Rechtssatzes (als sui heredes) in seine Stelle einrücken. Aber die Quote vererbt nur auf solche sui, nicht auf andere Erben.

---

[15]) Heusler a. a. O. S. 265. 266.

Digitized by Google

Sie kann auch nicht durch Rechtsgeschäft, weder unter Lebenden, noch von Todes wegen auf andere übertragen werden[16]). Die Quote ist als solche grundsätzlich unveräußerlich und unvererblich. Die Quote stellt unfreies Vermögen dar, gebunden durch das Anteilrecht der „Ganerben". Die Anwartschaft, das Anwachsungsrecht der andern Mitinhaber hindert für den Einzelnen die freie Verfügung, die freie Vererbung. Alle haben gleiches Anrecht, gleiche Anwartschaft auf die ganze Sache. Dies deutschrechtliche Miteigentum zu beweglichen Anteilen ist ein Miteigentum, welches die Kraft und das Streben in sich trägt, Alleineigentum zu werden, und darum alle Miteigentümer gegenseitig aneinander bindet.

Ein Miteigentum der geschilderten Art ist bekanntlich das deutsche Gesamteigentum (das Miteigentum, bezw. die Mitberechtigung zu gesamter Hand)[17]).

Aber nicht bloß das Gesamteigentum. Sondern gerade so das genossenschaftliche Eigentum. Auch das Eigentum der deutschen Genossenschaft (zunächst der Markgenossenschaft) bedeutet Miteigentum, aber Miteigentum zu beweglichen Anteilen und folgeweise mit Anwachsungsrecht der Genossen.

Schon aus dem Grunde, weil die Markgenossenschaftsverbände aus Geschlechtsverbänden hervorgegangen sind. Es sind in der Urzeit familienartige Verbände (Sippen), denen von der Obrigkeit Grund und Boden zu gemeinsamer Bewirtschaftung übergeben wird[18]). Die gesamte Flur wird von den Genossen wie von einer einzigen Familie auf gemeinsamen Gedeih und Verderb

---

[16]) Eine Ausnahme macht das Capitular von 818 (819) c. 6 (Boretius I p. 282) zu Gunsten der extra pagum gemachten Vergabung an die Kirche. Vgl. Heusler a. a. O. S. 237.

[17]) Vgl. jetzt Heusler a. a. O. S. 236 ff.

[18]) Caesar de bello Gallico VI, 22: magistratus ac principes in annos singulos gentibus cognationibusque hominum, qui tum una coierunt, quantum et quo loco visum est agri attribuunt. Vgl. die genealogiae der lex Alamannorum (ed. Lehmann) tit. 81. Dazu Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 1 S. 59. 84; Schröder, Deutsche Rechtsgeschichte, S. 47.

Digitized by Google

bebaut, bestellt. Da das Familieneigentum (Eigentum der Sippe) zweifellos eine Art der Vermögensgemeinschaft, nicht aber Eigentum einer juristischen Person bedeutet[19]), so ist zweifellos, daß das Eigentum auch der Markgenossenschaft ursprünglich und von vornherein gleichfalls als gemeinsames Eigentum der Markgenossen (Sippegenossen) gedacht worden ist, trotzdem daß die Markgenossenschaft, weil den Kreis der Einzelfamilie überschreitend und früh in einen Ortsgemeindeverband sich verwandelnd, sich nicht in der Form der gesamten Hand, sondern in der Form der Genossenschaft (korporativ) organisierte. Die gemeine Wirtschaft der Markgenossen ist in gewissem Maße durch all die folgenden Jahrhunderte festgehalten worden. In diesem Sinne wird der Flurzwang gehandhabt, welcher die Einzelwirtschaft den Beschlüssen der Gemeinde unterordnet. In demselben Sinne wird die Almende als das gemeinsame Mittel zur Ergänzung der Einzelwirtschaften verwaltet. Wie die Zunft die gemeinsame Ausübung des Gewerberechts, so bedeutet die Markgenossenschaft bis zu ihrer Auflösung in neuester Zeit den gemeinsamen Betrieb der Landwirtschaft. Aber innerhalb der Gemeinwirtschaft ist schon seit den Zeiten des Tacitus die Sonderwirtschaft aufgekommen. Das Ackerfeld, die ihm zugeloste Hufe wird von dem Einzelnen (bezw. der Einzelfamilie) auf privaten Gedeih und Verderb bewirtschaftet. Damit ist das „Eigentum" des Einzelnen an der Hufe aufgekommen. Heusler möchte diesem Eigentum an der Hufe den Namen Eigentum absprechen. Nach seiner Lehre befindet auch die Hufe, wenigstens nach außen, sich „streng genommen" im Alleineigentum der Gemeinde und nicht in irgend welchem Eigentum der Genossen (oben S. 9). Mit diesen Behauptungen geht Heusler zu weit. Er selbst giebt zu (S. 278), daß eine neue Aufteilung der Feldflur Einstimmigkeit der Genossen voraussetzte, also das Recht des Einzelnen an der Hufe auch der Gemeinde gegenüber ein wohlerworbenes, rechtlich geschütztes, von Majoritätsbeschlüssen unabhängiges, d. h. in unserem Falle wirklich Eigen-

[19]) Vgl. Heusler a. a. O. S. 258 ff.

Digitized by Google

tum war[20]). Aber trotzdem ist das Eigentum an der Hufe, welches in der Feldflur liegt, kein freies Eigentum.

Die Hufen sind zu Sondereigentum aufgeteilt. Aber es giebt nach deutschem Recht zwei Arten der Teilung: die Totteilung und die bloße Mutschierung. Die Totteilung ist Realteilung, welche die Gemeinschaft aufhebt. Die Mutschierung ist gleichfalls Realteilung, aber Realteilung ohne Aufhebung der Gemeinschaft. Die Mutschierung erzeugt Sondereigen, aber kein freies Sondereigen. Es bleibt als Ausfluß der fortbestehenden Gemeinschaft die Beschränkung in der Verfügung (es bedarf zur Veräußerung nach wie vor der Mitwirkung der Genossen). Es bleibt namentlich das Anwachsungsrecht. Fällt der durch Mutschierung Ausgesonderte ohne anteilberechtigte Erben weg, so fällt das Gut an die Genossen kraft der noch fortbestehenden Gemeinschaft[20a]).

Die Verteilung der Hufen zu Sondereigen bedeutet Mutschierung, nicht Totteilung. Damit ist die rechtliche Art des Eigentums an der Hufe gegeben. Das Eigentum an der Hufe ist unfreies Eigentum, weil es innerhalb der Vermögensgemeinschaft der Genossen geblieben ist. Die Verlosung der Hufen ist reelle Teilung ohne Aufhebung der Gemeinschaft. Darum bleiben auch für die Hufen die Rechtswirkungen der Gemeinschaft bei Bestand. Es bleibt die Beschränkung in der Verfügung. Es bleibt namentlich das Anwachsungsrecht der Genossen.

Für beides haben wir quellenmäßige Belege.

Nach der Lex Salica (tit. 59 § 5) ist das Eigentum an der Hufe nicht frei vererblich. Es fällt nur an hausangehörige Erben, und zwar nur an die Söhne, nicht an die Töchter. Sind keine

---

[20]) Vgl. gegen Heusler auch Gierke, Genossenschaftstheorie S. 313 in der Note. Anders vielleicht in Dänemark wegen des Reebningsverfahrens (vgl. Schröder, Rechtsgesch. S. 200). Hier wäre dann das Miteigentum der Genossen als voll erhalten zu denken.

[20a]) Vgl. Stobbe in der Zeitschr. f. Rechtsgesch. Bd. 4 S. 244 ff. Wippermann, Ganerbschaften, S. 16 ff. Heusler, Institutionen, Bd. 1 S. 247. 248.

Digitized by Google

anteilberechtigten hausangehörigen Erben (Söhne) da, so tritt das Anwachsungsrecht der Genossen, das sog. Erbrecht der vicini ein. Eine Verfügung Chilperichs hat auch der Tochter, dann dem Bruder, dann der Schwester ein Erbrecht gegeben. Erst nach der Schwester kommen die vicini[21]). Der freigewordene Teil (die Hufe) wächst den Genossen an.

Nach derselben Lex Salica (tit. 45) ist die Hufe nicht frei veräußerlich. Auch nicht zu einem Teil. Ist ein Ungenosse „zu einem andern" (super alterum)[22]) in das Dorf gezogen, so hat jeder Gemeindegenosse binnen Jahresfrist das Widerspruchsrecht und vermag den Fremdling durch Prozeßverfahren aus der Gemeinde auszutreiben. Eine Veräußerung der Hufe ohne Zustimmung der Gemeinde kennt die Lex Salica (tit. 58) nur in einem einzigen Fall: si quis hominem occiderit et tota facultate data non habuerit, unde tota lege conpleat, und auch hier nur an Sippegenossen. In solchem Fall echter Not wird auch das grundsätzlich unveräußerliche Gut veräußerlich.

Die Nachwirkung dieser Rechtssätze ist durch das ganze Mittelalter hindurch und darüber hinaus in der Mark- und Nachbarlosung erkennbar. Im Fall der Veräußerung der Hufe hat entweder die Gemeinde oder der nächste Nachbar ein Retraktsrecht. Das Retraktsrecht spricht zugleich die Beschränkung in der Veräußerung (es bedarf der Zustimmung der Gemeinde, des Nachbarn) und das alte Anwachsungsrecht („Erbrecht") aus. Fällt der zunächst Anteilsberechtigte (durch seine Veräußerungshandlung) fort, so geht der Genosse (kraft seines Miteigentums) dem Ungenossen (dem dritten Erwerber) vor. Von besonderer Bedeutung ist, daß nicht immer die Gemeinde, sondern häufig nur der nächste Nachbar das Retraktsrecht hat[23]). Das Recht der Gemeinde ist in ein Recht

---

[21]) Vgl. zu dem obigen Gierke, Erbrecht und Vicinenrecht, in der Zeitschrift f. Rechtsgesch., Bd. 12 (1876) S. 439 ff. 462 ff.

[22]) Vgl. Lex Salica tit. 55, 4: Si quis hominem mortuum super alterum („bei einem anderen") in nauco aut in poteo miserit —.

[23]) Dem entspricht die in Schweizer Hofweistümern häufige Bestimmung,

Digitized by Google

des nächsten Nachbarn verwandelt. Wie ist das möglich? Weil von vornherein hier ein Recht nicht der Gemeinde als juristischer Person, sondern der „Nachbarn" (vicini), d. h. der Genossen (von denen der nächste Nachbar sein Recht behauptete) gegeben war. Weil es sich handelte um eine Veräußerungsbeschränkung und um ein Anwachsungsrecht, entsprungen aus der Vermögensgemeinschaft, in welcher der Hufeneigentümer als Genosse mit den andern Genossen, den „Nachbarn" stand.

Das „Eigentum" der Markgenossenschaft an der Markflur bedeutet rechtlich nicht Alleineigentum der Genossenschaft als juristischer Person, sondern Miteigentum der Genossen als einer Summe von physischen Personen.

Die Rechtssätze von genossenschaftlichem Miteigentum finden, wie sich gezeigt hat, Anwendung.

Der zweite Rechtssatz, welcher die Glieder der Gemeinde-Genossenschaft als Subjekte einer Vermögensgemeinschaft behandelt, ist dieser: der Gemeindegenosse haftet für die Schulden der Gemeinde.

Mit der Vermögensgemeinschaft römischen Stiles ist nichts von Schuldengemeinschaft verbunden. Die einzelnen Miteigentümer gehen als solche einander gar nichts an. Das römische Miteigentum ist als solches ein Miteigentum mit gesonderter Wirtschaft der condomini.

Anders bei den Vermögensgemeinschaftsformen, welche dem deutschen Recht eigentümlich sind. Das deutsche Recht kennt eine Vermögensgemeinschaft mit gemeinsamer Wirtschaft der Miteigentümer. Die mit Vermögensgemeinschaft verbundene gemeinsame Wirtschaft hat Schuldengemeinschaft zur Folge.

Das finden wir bei der gesamten Hand, welche in der älteren Zeit ohne gemeinsame Wirtschaft gar nicht denkbar ist. Die in

---

daß in Ermangelung befähigter Hofeserben der nächste Nachbar erben soll. Das Erbrecht (Anwachsungsrecht) des nächsten Nachbarn ist der letzte Rest des alten Erbrechts (Anwachsungsrechts) der sämtlichen vicini (der Gemeinde). Vgl. Gierke in der Zeitschr. f. Rechtsgesch. Bd. 12 S. 471. 472.

Digitized by Google

Gemeinwirtschaft sitzenden Gesamthänder haften auch dem dritten Gläubiger solidarisch für die von dem Einzelnen in Führung der Gemeinwirtschaft[24]) kontrahierten Schulden. Sie sitzen auf gemeinsamen Gedeih und Verderb. Beispiele: Die in Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten, die in ungeteiltem Gute sitzenden Ganerben, die Erwerbsgesellschaft, z. B. die offene Handelsgesellschaft[25]).

Das finden wir ebenso bei den in Gemeinwirtschaft sitzenden Genossen.

Auch das Urbild der Genossenschaft, die Markgenossenschaft, ist von Gemeinwirtschaft der Genossen ausgegangen und hat bis in die jüngste Zeit in gewissem Maße die Züge der Gemeinwirtschaft bewahrt (S. 14. 15). Und zwar ist die Gemeinwirtschaft der Genossen nicht bloß eine äußere[26]), sondern eine wahre, auf Vermögensgemeinschaft beruhende Gemeinwirtschaft. Darum sitzen auch die Genossen auf gemeinsamen Gedeih und Verderb. Dies ist der ursprüngliche Rechtsgedanke. Er hat trotz der Ausbildung der Sonderwirtschaften innerhalb der Gemeinde seine Nachwirkung in der Schuldengemeinschaft der Genossen behauptet.

Die Genossenschaft haftet für die Schulden der Genossen, und der Genosse haftet für die Schulden der Genossenschaft. Beide Sätze gehen durch das ganze Mittelalter.

Die Gemeinde haftet subsidiär für den Gemeindegenossen, für seine Delikte, für seine Steuern und Abgaben, auch für seine Kon-

[24]) Daher sind gewisse Schulden, welche lediglich dem Einzelinteresse dienen, ausgenommen (Sachsensp. I, 12: verspelen, verhuren, vergüften). Ebenso die Schulden, welche von einem nicht zur Führung der Gemeinwirtschaft berechtigten Gesamthänder kontrahiert sind, vgl. die Stellung der Frau in der gütergemeinschaftlichen Ehe.

[25]) Vgl. Sachsensp. I, 12: Svar brudere oder andere lüde ir gut to samene hebbet, verhoget se dat mit irer kost oder mit irme deneste, de vrome is ir aller gemene; dat selve is de scade. Ausgenommen: in Bezug auf den Erwerb, svat en man mit sime wive nimt; in Bezug auf den Verlust die in Note 24 genannten Fälle. — Über lübisches Recht Stobbe, Zur Gesch. des deutschen Vertragsrechts (1855) S. 149.

[26]) Wie z. B. bei der Ehe ohne Gütergemeinschaft.

Digitized by Google

traktsschulden[27]). Der Gemeindegenosse kann für die Schuld des Gemeindegenossen gepfändet werden[28]). Das gilt bei Stadtgemeinden[29]), wie bei Dorfgemeinden. Auch die Stadtgemeinde bedeutet keine Änderung des alten Genossenschaftsbegriffs (gegen Gierke); sie ist, genau wie die Landgemeinde, eine Genossenschaft altdeutschen Stils.

Ebenso umgekehrt. Die Gemeindegenossen haften für die Schulden der Gemeinde. Für jede Schuld der Gemeinde haftet jeder Gemeindeangehörige solidarisch und mit seinem ganzen Vermögen. Für jede Schuld der Gemeinde kann jeder Gemeindegenosse vom Gläubiger gepfändet, gefangen gesetzt werden. Und das gilt wiederum für Stadt- wie für Landgemeinden[30]).

Heusler[31]) sucht sich dieses Satzes, welcher allerdings wenig mit seiner Lehre von der Genossenschaft als „juristische Person" übereinstimmt, durch die Behauptung zu erwehren, daß das Inanspruchnehmen der Gemeindeglieder für die Schulden der Gemeinde „nicht Recht, sondern Gewaltthätigkeit" gewesen sei. Stobbe erklärt denselben Satz für ein Zeichen des „Schwankens", der Unsicherheit, mit welcher das mittelalterliche deutsche Recht den Begriff der juristischen Person gehandhabt habe[32]).

Wenn aber irgend etwas Rechtens, nicht bloß thatsächliche Gewalt im Mittelalter gewesen ist, so war es jene Haftung der Gemeindeglieder für die Gemeindeschulden, und wenn irgend etwas nicht auf Schwanken und Unsicherheit, sondern auf ganz präziser An-

---

[27]) Belege bei Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. 1 S. 73; Bd. 2 S. 387 ff. 772.

[28]) Gierke, Bd. 2 S. 388. 772. Vgl. die berühmte Auth. Habita: der Scholar soll nicht ob alterius ejusdem provinciae delictum gepfändet werden, quod aliquando ex perversa consuetudine factum audivimus.

[29]) Vgl. die bei Gierke a. a. O. gesammelten Belege.

[30]) Gierke, Bd. 2 S. 383—386. 404. 770. Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, Bd. 1 (2. Aufl.) S. 394. Stobbe, Zur Gesch. des deutschen Vertragsrechts, S. 152. 153.

[31]) Institutionen, Bd. 1. S. 280.

[32]) Stobbe, Handbuch a. a. O. S. 393.

Digitized by Google

wendung klarer, mächtiger, breit entwickelter Rechtsgedanken beruht hat, so war es wiederum gerade vor allen Dingen jene Schuldhaftung der Gemeindeglieder, welche uns hier beschäftigt.

Die Haftung der Gemeindeglieder für die Schulden der Gemeinde ist Rechtens gewesen in Deutschland, Italien, Frankreich, England[33]). Besonders häufig war es, daß der Magistrat der Stadt (die Ratmannen, die maires, échevins et syndics) persönlich mit ihrem Vermögen für die Schulden der Stadt in Anspruch genommen wurden. Die Parlamente Frankreichs haben diese Praxis bis zum Ende des 18. Jahrhunderts geübt[34]). In den Vereinigten Staaten Nordamerikas ist heute allgemein die Haftung der Korporationsglieder für die Korporationsschulden beseitigt worden; in Neu-England aber gilt noch jetzt der Satz, daß „the inhabitants of towns are personally liable for judgments against town corporations“[35]).

Auch in Deutschland reicht die Haftung der Gemeindeglieder für die Gemeindeschulden bis nahe an die Gegenwart heran. Noch ein kursächsisches Mandat vom 2. Dezember 1713 bestimmt, daß für die Schulden der Stadt- und Dorfkommunen, wenn anders sie auf verfassungsmäßigem Wege kontrahiert worden sind, alle Gemeindeglieder haften, gleichgiltig, ob sie schon zur Zeit der Schuldaufnahme Gemeindeglieder waren oder nicht. Der Satz war ein Rechtssatz des gemeinen Sachsenrechts. Dadurch wird erklärlich, weshalb die „allgemeine Landgemeindeordnung“ von Sachsen-Weimar vom 2. Februar 1840 § 27 bestimmt:

> „Die Gemeinden können Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen. — Aber die Rechte und Verbindlichkeiten der Gemeinden sind an sich nicht Rechte und Verbindlichkeiten der einzelnen Gemeindeglieder.“

---

[33]) Vgl. die interessante Zusammenstellung von Zeugnissen aus dem deutschen, französischen, italienischen, anglo-amerikanischen Recht bei Meili, Rechtsgutachten und Gesetzesvorschlag betr. die Schuldexekution gegen Gemeinden, Bern 1885, S. 1—16.

[34]) Meili a. a. O. S. 6—8.

[35]) Meili a. a. O. S. 8. 9.

Digitized by Google

Es bedurfte der ausdrücklichen Aufhebung der Haftung der Gemeindeglieder für die Gemeindeschuld. Dagegen hat das Grundgesetz von Sachsen-Altenburg vom 29. April 1831 § 112 noch den Rechtssatz, daß „für Gemeindeschulden zunächst das Gemeindevermögen und aushülflich das Privatvermögen der einzelnen Glieder haftet; — später hinzutretende Mitglieder sind beitragspflichtig“ [36]).

So zäh hat deutsches Genossenschaftsrecht bis in das 19. Jahrhundert sich behauptet!

Der Rechtsgedanke aber, welcher zu Grunde liegt, ist der, daß die Genossenschaft des deutschen Rechts (zunächst die Gemeinde) keine juristische Person im Sinne unserer romanistischen Theorie ist, daß ihr Vermögen nicht Alleinvermögen der Gesamtheit, sondern gemeinsames Vermögen der einzelnen Genossen als physischer Personen darstellt. Die Wirtschaft der Gemeinde bedeutet gemeinsame Wirtschaft der Genossen, und die auf Vermögensgemeinschaft ruhende Wirtschaftsgemeinschaft zieht auch hier, genau wie in den oben besprochenen Fällen der gesamten Hand die Schuldengemeinschaft nach sich.

Auch die Wirtschaft der Stadtgemeinde bedeutet nach deutschem Recht nicht eine Sonderwirtschaft der Stadt als juristischer Person, sondern eine gemeinsame Wirtschaft der einzelnen Bürger. Daher führt auch die städtische Genossenschaft die Haftung der Bürger für die Schulden der Stadtgemeinde mit sich.

Selbst in herrschaftlichen Verbänden schlägt derselbe Gedanke durch. Der ganze Gutsverband (welcher Ursprung und Vorbild des herrschaftlichen Verbandes bildet) stellt vermöge der gegenseitigen Leistungen zwischen Herren und Hintersassen nach außen eine einzige gemeinsam wirtschaftende Genossenschaft dar. Daher der Satz, daß der Unterthan auch für die Schulden seines Herrn und umgekehrt

[36]) Auf diese beiden neueren Gesetze hat bereits Meili S. 5 aufmerksam gemacht.

Digitized by Google

der Herr für die Schulden seiner Unterthanen in Anspruch genommen werden kann[37]).

Der hervorgehobene Gesichtspunkt ergiebt zugleich die feste Grenze für die Anwendung des aufgestellten Rechtssatzes. Voraussetzung ist eine in gemeinsamer Wirtschaft wirksam werdende Organisation. Die Sippe ist daher als solche keine Genossenschaft in dem hervorgehobenen Sinne. Schon deshalb, weil sie als solche nicht korporativ organisiert ist[38]). Aber auch wo die Familie, wie z. B. in den Kreisen des hohen Adels, korporative Formen annimmt, ist keine Genossenschaft und keine Schuldhaftung in dem oben entwickelten Sinne gegeben, sobald die gemeine Wirtschaft der Familiengenossen aufgehoben worden ist.

Der Satz von der Schuldhaftung der Genossen gilt nur, wenn der Ausdruck gestattet ist, von der Wirtschaftsgenossenschaft des deutschen Rechts, d. h. von der Genossenschaft des Privatrechts, von der Genossenschaft also, welche vermögensrechtliche Grundlagen und Aufgaben hat.

Allerdings, die Schuldhaftung der Genossen für die Schulden der Genossenschaft ist nicht notwendig eine Schuldhaftung mit dem ganzen Vermögen. Bei Eingehung einer Erwerbsgesellschaft kann ausgemacht werden, daß der Gesellschafter nur mit einem bestimmten Betrag (der heutigen Kommanditgesellschaft entsprechend)

---

[37]) Stobbe, Zur Gesch. des deutsch. Vertragsrechts, S. 150. 151. Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. 2 S. 389—391. Vgl. oben Note 28: Pfändung wegen Deliktsschulden eines „Landsmannes" (eiusdem provinciae). — Es kommt vor, daß die Haftung der Unterthanen für den Herrn sich auf das Maß seiner, dem Herrn geschuldeten Leistungen beschränkt, Gierke a. a. O. S. 390 Note 15. Der Satz erinnert an den bekannten deutschen Rechtssatz, daß der Mieter, Pächter (Hintersasse) von dem Gläubiger seines Vermieters, Verpächters auf den Betrag des geschuldeten Mietzinses unmittelbar in Anspruch genommen werden kann. Dieser Rechtssatz stammt aus dem gutsherrlichen Verbande und folgeweise aus dem im Text entwickelten Grundgedanken.

[38]) Die Haftung der Sippegenossen für das Wergeld muß also (gegen Gierke, Bd. 2 S. 387) auf andere Grundgedanken zurückgeführt werden.

Digitized by Google

für die Kosten des Unternehmens einstehe. Eine solche Beredung ist auch nach außen wirksam: allein der geschäftsführende („persönlich haftende") Gesellschafter haftet dann für die Schuld mit seinem ganzen Vermögen[39]). Ebenso kann durch Herkommen die Haftung des Genossen auf ein bestimmtes Maß beschränkt werden: so wenn der Unterthan nur noch auf das Maß der schuldigen Steuern und Abgaben für die Schulden des Herrn haftet[40]). Die bekanntesten Fälle dieser Art sind die Genossenschaften des Bergrechts (Haftung nur mit dem Kux), des Salzrechts (Haftung nur mit der Pfanne). In diesen Fällen steht der Genosse nur mit seinem Anteil für die Genossenschaftsschuld ein. Ja, es kann, wie es durch die spätere Gesetzgebung geschehen ist, die Klage des dritten Gläubigers gegen den einzelnen Genossen ganz versagt werden, so daß der Genosse von dem Gläubiger nur mittelbar, sofern in dem Genossenschaftsvermögen auch sein „Anteil" steckt, in Anspruch genommen werden darf[41]). Trotzdem liegt auch in diesem Fall eine Haftung des Genossen für die Genossenschaftsschuld vor: Die Klage gegen die Genossenschaft ist Geltendmachung der gemeinsamen Schuldhaftung der Genossen[42]).

Die voraufgehende Darstellung hat vornehmlich die Gemeinde-Genossenschaft, Land- und Stadtgemeinde, in den Vordergrund gestellt. Gerade gegenüber den Fällen, welche soeben besprochen worden sind, wird es wichtig, darzuthun, daß die gleichen Grundsätze nach deutschem Recht für alle privatrechtlichen Genossenschaften gelten. Den deutlichsten Beweis giebt hier die Korporationstheorie der italienischen Juristen.

---

[39]) So nach lübischem Recht, vgl. Stobbe, Vertragsrecht, S. 149.

[40]) Vgl. oben Note 37.

[41]) Daß das nicht das Ursprüngliche ist, zeigt z. B. die Thatsache, daß nach der Kurpfälzischen Bergordnung von 1791 Art. 56. 64 subsidiäre persönliche Haftung der Gewerken für die Gewerkschaftsschuld gilt; Gierke, Genossenschaftsrecht, Bd. 1 S. 973 Note 19.

[42]) Daß auch in den Salzgenossenschaften der einzelne seinen bestimmten „Teil" am Salzwerk hat, zeigt an einem konkreten Fall Schröder in der Zeitschr. f. Rechtsgesch., Bd. 10 S. 258 ff. 270.

Digitized by Google

Die Glossatoren lehren, daß die Mitglieder der Korporation einen Anteil am Vermögen der Korporation haben: quod ergo erat collegii, erat singulorum. Dem entsprechend lehren sie, daß die Korporationsglieder wenigstens subsidiär für die Korporationsschulden haften: si bona civitatis non sufficiunt, so geht die Exekution in bona singulorum[43]). Und das alles trotz des offenbaren Widerspruchs dieser Sätze mit den römischen Quellen. Den römischen Rechtssätzen wurde zum Schluß nur so weit Raum gegeben, daß ein Unterschied gemacht wurde: ein Teil des Korporationsvermögens (z. B. der durch die Beiträge der Glieder gebildete) ist Miteigentum der einzelnen Glieder. Dagegen der andere Teil des Korporationsvermögens (z. B. was der Korporation vermacht wird) ist Alleineigentum der Gesamtheit[43a]). Auch nachdem bereits, namentlich durch den Einfluß der Kanonisten, die scharfe Scheidung zwischen Korporationsvermögen und Vermögen der einzelnen Glieder sich durchgesetzt hatte, erhielt sich unzerstörlich der Satz, daß die Korporationsglieder subsidiär, sei es pro rata, sei es in solidum, für die Korporationsschulden haften, daß der Gläubiger ein Recht hat, wenn nicht die einzelnen Glieder unmittelbar zu verklagen, so doch die Korporation zu einem Umlageverfahren zu nötigen, und — auch ausgeschiedene Mitglieder sind in solcher Weise noch nachträglich für die damals bereits vorhandenen Korporationsschulden haftbar[44]). Namentlich der zuletzt hervorgehobene Rechtssatz macht unzweideutig klar, daß die Korporationsschuld zugleich als persönliche Schuld der Korporationsglieder gedacht ist, daß ein Recht des Gläubigers unmittelbar gegen den einzelnen Genossen den Rechtsgrund des von der Korporation zu veranlassenden Umlageverfahrens (ganz gerade so wie bei den heutigen Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften) darstellt.

Es ist das germanische Genossenschaftsrecht, welches in jenen Sätzen der Italiener zum Ausdruck gelangt. Unter den

[43]) Gierke, Genossenschaftsrecht, Bd. 3 S. 212. 214.

[43a]) Gierke, Genossenschaftsrecht, Bd. 3 S. 213.

[44]) Gierke, Genossenschaftsrecht Bd. 3 S. 379. 380. 449. 450.

Digitized by Google

Genossen besteht Vermögensgemeinschaft (quod est collegii, est singulorum) und folgeweise Schuldengemeinschaft.

Warum so notwendig und unausweichlich? Weil die Schulden der Genossenschaft *als solche* vielmehr gemeinsame Schulden der Genossen sind. Die Genossenschaft als solche ist *gar nicht das Subjekt des Schuldverhältnisses*, — ja, sie vermag es gar nicht zu sein, — sondern *lediglich* die einzelnen Genossen, auch dann, wenn nur das (gemeinsame) Genossenschaftsvermögen von dem Gläubiger in Anspruch genommen werden kann. Wir haben einen Satz, welcher unmittelbar die Wahrheit des soeben Behaupteten beweist. Das ist der Satz, daß für die Schuld des einen Genossen unmittelbar der andere *Genosse* gepfändet werden kann[45]). Wie ist das möglich? Weil für die Schuld des Genossen die Genossenschaft haftet (S. 19. 20), und weil diese Haftung der „Genossenschaft" rechtlich eine Haftung der *einzelnen Genossen* bedeutet. Wenn es heißt: die Genossenschaft haftet für den Genossen, so heißt das vielmehr: die *sämtlichen Genossen* stehen für jeden einzelnen Genossen ein. Die Genossenschaft als solche ist *kein Rechtssubjekt* (Schuldsubjekt). Die Genossenschaft als Subjekt von Rechtsverhältnissen bedeutet lediglich die *Summe ihrer Mitglieder*.

Wir haben hier auf dem Gebiet der Schuldhaftung genau denselben Satz gefunden, welcher uns oben auf dem Gebiet der Rechte der Genossenschaft begegnet ist. Das Anwachsungsrecht (Erbrecht) und Retraktsrecht der Gemeinde bedeutet rechtlich vielmehr ein Anwachsungsrecht und Retraktsrecht der einzelnen Gemeindeglieder (vicini) und kann daher Anwachsungsrecht und Retraktsrecht der Gemeinde (der *sämtlichen* Nachbarn) in ein Anwachsungsrecht und Retraktsrecht nur des *einen* nächsten Nachbarn sich verwandeln (S. 17. 18). Das Recht der Gemeinde bedeutet in Wahrheit und von Rechts wegen nur ein *Recht ihrer Glieder*[45a]). Die Genossenschaft

[45]) Oben S. 20 Note 28. Vgl. S. 23 Note 37.

[45a]) Ganz dieselbe Erscheinung wiederholt sich, wo eine Bauerngemeinde den Pfarrer zu berufen berechtigt war. Daraus ging kein reguläres Patronatrecht hervor, weil die Gemeinde dem Mittelalter keine juristische Person war. Vgl. die interessanten Bemerkungen von O. *Mejer*, das Rechtsleben der deutschen evangelischen Landeskirchen (1889) S. 101.

Digitized by Google

als solche ist wie der Zuständigkeit von Schulden, so der Zuständigkeit von Rechten unfähig. Die Genossenschaft bedeutet kein neues Vermögenssubjekt neben ihren Gliedern.

Die deutsche Genossenschaft ist vermögensunfähig.

Damit ist unmittelbar der Beweis erbracht, daß die deutsche Genossenschaft keine juristische Person im Sinne des Privatrechts ist.

Das Vermögen der Genossenschaft bedeutet nicht Alleineigentum der Gesamtheit, sondern lediglich Miteigentum der einzelnen Glieder. Darum finden, wie gezeigt worden ist, auf das „Vermögen der Genossenschaft" die Rechtssätze von der Vermögensgemeinschaft Anwendung. Es gilt unter den Genossen in Bezug auf das Genossenschaftsvermögen, und zwar selbst in Bezug auf die Teile des genossenschaftlichen (gemeinsamen) Vermögens, welche den einzelnen zu „Eigen" zugeteilt sind (die Hufe), Anwachsungsrecht. Es gilt ferner unter den Genossen kraft ihrer Vermögens- und Wirtschaftsgemeinschaft die gemeinsame Schuldhaftung.

Weil auch die Genossenschaft eine Vermögensgemeinschaft ihrer Glieder bedeutet, finden auf das Genossenschaftsvermögen, soweit die Wirkungen gemeinsamer Vermögenszuständigkeit in Frage kommen, genau die gleichen Rechtssätze Anwendung, wie auf das gemeinsame Vermögen zu gesamter Hand.

Und doch ist ein Gegensatz zwischen der Genossenschaft einerseits und der Gesamthand andererseits gegeben. Worin besteht dieser Gegensatz?

II.

Gegensätze.

Der Genossenschaft steht auf der einen Seite die Gesamthand, auf der anderen Seite die Korporation (im Sinne des Privatrechts, d. h. die juristische Person) gegenüber.

I. Mit der Gesamthand stimmt die Genossenschaft überein in Bezug auf die Zuständigkeit des Vermögens (vgl. I). Der

Digitized by Google

Unterschied bezieht sich allein auf die Verwaltung des Vermögens.

Die Verwaltung des zu gesamter Hand besessenen Vermögens ist eine gemeinsame Verwaltung der Mitglieder (condomini). Das heißt: die Verwaltung des gemeinsamen Vermögens ist grundsätzlich den Mitgliedern als solchen zuständig. Es ist nicht notwendig, daß die Mitglieder sämtlich die gleiche Stellung zu der Vermögensverwaltung haben. Es kann ein Mitglied bevorzugte Verwaltungsrechte, ein anderes beschränkte Verwaltungsrechte haben[46]). Ja, es können einzelne oder viele Mitglieder ganz von der Verwaltung ausgeschlossen sein[47]). Es kann die Verwaltungshandlung bald nur den sämtlichen Mitgliedern gemeinsam, „zu gesamter Hand" (so nach mittelalterlichem Recht bei Verfügungen über Grundbesitz), bald jedem einzelnen (verwaltungsberechtigten) Mitglied für das Ganze zuständig sein[48]). Immer aber ist die Verwaltung grundsätzlich eine Verwaltung durch Mitglieder als solche[49]), und — die

---

[46]) Man vgl. die Stellung von Mann und Frau in der gütergemeinschaftlichen Ehe, die Stellung des Vaters und der Söhne in der Gesamthand des Hauses (Heusler, Institt. Bd. 1 S. 245).

[47]) Man vergleiche die Stellung der Kommanditisten in der Kommanditgesellschaft auf Aktien.

[48]) Vgl. Gierke, die Genossenschaftstheorie, S. 352 Note 1.

[49]) Möglich ist, daß durch besondere Vereinbarung die Verwaltung anderweitig geregelt ist. So z. B. wenn in der offenen Handelsgesellschaft vertragsmäßig die gesamte Verwaltung einem Prokuristen übertragen worden ist. Aber der Prokurist handelt dann als Stellvertreter anstatt der eigentlich verwaltungsberechtigten Mitglieder, kraft fremden Verwaltungsrechts, vermöge einer Ernennung, welche von diesen Mitgliedern, bezw. von deren gesetzlichen Vertretern ausgegangen ist. Ein Vorstand mit eignem Verwaltungsrecht wie bei der Aktiengesellschaft ist (trotz des von Laband bei Goldschmidt Zeitschr. f. Handelsr., Bd. 30 S. 481 Note 15 Bemerkten) bei der offenen Handelsgesellschaft undenkbar. Der „Vorstand" einer offenen Handelsgesellschaft (falls etwa die Zahl der Gesellschafter groß geworden ist; vgl. Laband a. a. O.) hat immer nur die Stellung eines Mandatars, nie aber die eines Organs, wie bei der Aktiengesellschaft. Weshalb? Weil die Verwaltung von Rechtswegen in der offenen Handelsgesellschaft den Mitgliedern als solchen zuständig, in der Aktiengesellschaft aber den Mitgliedern als solchen unzuständig ist.

Digitized by Google

Verwaltungshandlung der verwaltungsberechtigten Mitglieder wirkt für das ganze, zu gesamter Hand zuständige Vermögen, stellt einen Akt und Ausfluß der gemeinsamen Verwaltung dieses Vermögens dar.

Aus dem Gesagten ergiebt sich, daß ein gewisses Maß von Organisation mit der gesamten Hand notwendig sich verbindet. Das einzelne Mitglied hat über seine Quote[50]) als solche keinerlei Verfügung. Die Quote ist unfreies Vermögen, der gemeinsamen Wirtschaft unterworfen, der Sonderverfügung entzogen[51]). Eine Verfügung ist nur über das Ganze als Gegenstand der Gemeinwirtschaft möglich. Andererseits, auch in der Gesamthand, können Überordnungs- und Unterordnungsverhältnisse durch ungleiche Stellung der Mitglieder zur Verwaltung gegeben sein. Ja, die Verwaltungshandlung auch des verwaltungsberechtigten Mitgliedes wirkt für das gemeinsame Vermögen nur, wenn das Mitglied in Ausübung seiner Verwaltungsrechte (als „Organ" der Gesamthand) gehandelt hat[52]).

Trotzdem fehlt der Gesamthand begrifflich eine Verfassung, welche die sämtlichen Mitglieder einer höheren Einheit unterordnete, welche einen Gesamtwillen erzeugte, der von dem Willen der sämtlichen Mitglieder unterschieden wäre. Deshalb, weil die Verwaltung grundsätzlich eine Verwaltung durch die Mitglieder, wenigstens durch einen Teil der Mitglieder ist. Das eine Mitglied kann dem anderen übergeordnet sein, nicht die Gesamtheit den sämtlichen Mitgliedern. In der Überordnung eines Mitgliedes über die anderen liegt personenrechtliche Gewalt[53]), die Gewalt

[50]) Darüber, daß auch in der Gesamthand Quoten zu unterscheiden sind, vgl. Heusler, Institut., Bd. 1 S. 238. 239.

[51]) Wenngleich den Mitgliedern das Recht zuständig sein kann, Auflösung der Gemeinschaft zu verlangen, Heusler a. a. O. S. 240; Stobbe, Handbuch, Bd. 2 (2. Aufl.) § 81, S. 72.

[52]) Der vertretende offene Gesellschafter verfügt über das Gesellschaftsvermögen nur durch Handlungen namens der Gesellschaft, in denen er seine Vertretungsmacht ausübt.

[53]) Dies ist zutreffend bereits von Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 353—356 hervorgehoben worden.

Digitized by Google

nämlich, über die Vermögensanteile auch dieser Mitglieder zu verfügen — nicht kraft Eigentums oder sonstigen Sachenrechts, sondern infolge der Macht, welche ihm über die Subjekte dieses Vermögens, die Personen der anderen Mitglieder, zuständig ist, — aber eine Gewalt, welche nicht der körperschaftlichen, sondern der familienrechtlichen Gewalt des Vaters oder Vormundes (der Gewalt, über das Vermögen des Mündels kraft Macht über die Person des Mündels zu verfügen) sich vergleicht. Das verwaltungsberechtigte Mitglied in der Gesamthand handelt nicht als wirkliches Organ der Gesamthand (der Gesellschaft) in Ausübung eines der Gesamtheit zuständigen, sondern in Ausübung eines ihm selber persönlich, nämlich als Mitglied, zuständigen Verwaltungsrechts.

So bleibt die Verwaltung grundsätzlich eine von den einzelnen Gliedern der Gesamthand geführte Verwaltung, eine Verwaltung, deren Träger kein von den Einzelpersonen unterschiedenes Subjekt, deren Träger vielmehr die Mitglieder nach Maßgabe ihrer personenrechtlichen Stellung innerhalb der Gesamtheit sind, eine Verwaltung, welche daher in allen Fällen in ihrer Idee eine gemeinsame Verwaltung des gemeinsamen Vermögens durch die Subjekte dieses Vermögens darstellt.

Damit ist der Gegensatz des deutschen Gesamteigentums gegen das römische Miteigentum gegeben. Das römische condominium schließt als solches keinerlei Verwaltungsgemeinschaft in sich. Jeder einzelne condominus verfügt frei über seinen ideellen Anteil und hat in Bezug auf die Verfügung über die Substanz grundsätzlich ein unbedingtes Widerspruchsrecht. Als ein Miteigentum mit Verwaltungsgemeinschaft steht das deutsche Gesamteigentum dem römischen Miteigentum als dem Miteigentum mit Verwaltungstrennung gegenüber.

Damit ist zugleich aber auch der Gegensatz des deutschen Gesamteigentums gegen die deutsche Genossenschaft gegeben. In der Gesamthand ist die Verwaltung den Mitgliedern grundsätzlich zuständig; in der Genossenschaft ist die Verwaltung des auch hier vorhandenen gemeinsamen Vermögens den Mitgliedern grundsätzlich un-

Digitized by Google

zuständig. Alle Genossen sind als solche, als einzelne von der Verwaltung ausgeschlossen. Kein Mitglied hat Verfügungsmacht über das gemeinsame Vermögen, sondern nur die Gesamtheit. Alle Mitglieder sind einem idealen Willen, dem Willen der Gesamtheit für die Vermögensverwaltung unterworfen. Hier giebt es eine Verfassung, welche über die Hervorbringung jenes idealen Willens entscheidet. Hier giebt es Organe, durch welche jener ideale Wille zur Wirklichkeit und zur Machtentfaltung gelangt. Die Genossenschaft kennt einen Vorstand, die Genossenschaft kennt Majoritätsbeschlüsse. Die Genossenschaft ist korporativ organisiert, und das unfehlbare Kennzeichen der korporativen Organisation ist der Ausschluß aller einzelnen als solcher von jeglicher Verwaltungsmacht, um diese Verwaltungsmacht auf die Gesamtheit zu übertragen.

Innerhalb der Genossenschaft gilt, soweit die Verwaltung des Vermögens in Frage kommt, nicht Privatrecht, noch Familienrecht, sondern „Sozialrecht" (Körperschaftsrecht).

Die Gewalt der Genossenschaft (als Gesamtheit) über das gemeinsame Vermögen („Genossenschaftsvermögen") ist nicht privatrechtlicher, sondern „sozialrechtlicher", körperschaftsrechtlicher Natur. Die Genossenschaft als solche hat, wie wir gesehen haben, kein Eigentum, kein Sachenrecht, keine Schulden. Sie ist des Subjektverhältnisses zum Privatrecht wie zur Privatverbindlichkeit unfähig. Sie hat also keinerlei privatrechtliche Befugnisse an dem Genossenschaftsvermögen: kein dingliches „Einheitsrecht", keinen „Eigentumssplitter", keinerlei sachenrechtliche Herrschaft. Aber, der Genossenschaft sind die Personen der Genossen in Genossenschaftsangelegenheiten, und folgeweise gerade auch in Angelegenheiten des gemeinsamen Genossenschaftsvermögens unterworfen. Über die Personen der Genossen, und damit über die Subjekte des Genossenschaftsvermögens hat die Genossenschaft als Gesamtheit körperschaftliche (der öffentlichen Gewalt vergleichbare) Machtbefugnis, und kraft dieser ihrer Gewalt über die Subjekte des Genossenschaftsvermögens vermag sie über das Genossenschaftsvermögen zu ver-

Digitized by Google

fügen, obgleich dies Vermögen, der Zuständigkeit nach, privatrechtlich, ein ihr, der Genossenschaft, fremdes Vermögen ist.

Das Genossenschaftsvermögen gehört, wenn der Ausdruck gestattet ist, der Zuständigkeit nach den einzelnen Gliedern, der Verwaltung nach der Genossenschaft als Gesamtheit.

Die „Genossenschaft" ist ein zwar vermögensunfähiges, aber verwaltungsfähiges Subjekt. Sie ist, weil vermögensunfähig, keine juristische Person im Sinne des Privatrechts. Aber sie kann trotzdem, kraft ihrer Verwaltungsmacht, über einen Vermögensumkreis (das „Genossenschaftsvermögen") verfügen, als ob derselbe ihr eigenes Vermögen, als ob sie Subjekt desselben, als ob sie juristische Person wäre. Die deutsche Genossenschaft leistet in der deutschen Rechtsentwickelung darum wirtschaftlich das Gleiche wie die juristische Person des römischen Rechts. Sie bedeutet nur eine andere Rechtsform, in welcher wesentlich der gleiche Erfolg herbeigeführt wird.

Wie die Verwaltungsmacht der Genossenschaft als Einheit, so sind auch die Nutzungsrechte und sonstigen Sonderrechte der einzelnen in der Genossenschaft grundsätzlich nicht privatrechtlicher, sondern körperschaftsrechtlicher Natur, d. h. sie sind nicht freie Privatrechte („individualrechtlich" geartet), sondern Mitgliedsrechte (von „sozialrechtlicher Färbung"). Das heißt: sie sind nicht kraft privatrechtlichen Titels, sondern kraft der Genossenschaftsverfassung den einzelnen zuständig und unterliegen grundsätzlich der Genossenschaftsgewalt (Majoritätsbeschlüssen u. s. f.). Trotzdem sind „jura singulorum", d. h. private Mitgliedsrechte, wohlerworbene, von der Genossenschaftsgewalt unabhängige, allein dem Willen des Berechtigten untergebene Mitgliedsrechte denkbar, also Rechte, deren Voraussetzung Mitgliedschaft ist (insofern unfreie Rechte), deren Zuständigkeit aber gleich einem Privatrecht geschützt ist. Auch das Auftreten des Problems, welches in dem Vorkommen solcher privaten Mitgliedsrechte liegt[54]), teilt die Genossenschaft mit den übrigen Körperschaften.

[54]) Darüber Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 188 ff. Laband, das Staatsrecht des deutschen Reiches, Bd. 1 (2. Aufl. 1888) S. 109 ff.

Digitized by Google

Durchweg ist das Kennzeichen der Genossenschaft gegenüber der Gesamthand ihre körperschaftliche Organisation, also, deutlicher gesagt, das Dasein einer Organisation, welche von der Verwaltung des gemeinsamen Vermögens die sämtlichen Mitglieder als solche ausschließt, um sie einer idealen Einheit zuzuwenden.

Die Gesamthand ist eine Vermögensgemeinschaft mit Verwaltungsgemeinschaft, die deutsche Genossenschaft aber eine Vermögensgemeinschaft mit (körperschaftlicher) Verwaltungsorganisation.

II. Durch ihre körperschaftliche Verfassung ist die Genossenschaft der juristischen Person (der Korporation im Sinne des Privatrechts) angenähert. Aber, die juristische Person ist vermögensfähig, die deutsche Genossenschaft jedoch, wie wir gesehen haben, nur handlungsfähig (verwaltungsfähig).

Wie unterscheidet sich folgeweise die deutsche Genossenschaft von der juristischen Person?

Auch das römische Recht, dem wir unseren heutigen Begriff von der juristischen Person verdanken, ist bekanntlich ursprünglich von der unmittelbaren, naiven, im deutschen Recht in Herrschaft gebliebenen Anschauung ausgegangen, nach welcher die Gemeinde (die Korporation) die Summe ihrer Mitglieder, die municipes, die cives, die universi, bedeutet, nach welcher folgeweise die juristische Person ein corpus incertum (wegen des Wechsels der Mitglieder), eine persona incerta darstellt[55]).

Aber das römische Recht trug einen Rechtssatz von der Korporation in sich, aus welchem durch die von der italienischen Jurisprudenz (zunächst den Kanonisten) und ihren Nachfolgern geleistete Gedankenarbeit[56]) in folgerechter Entwickelung unser heutiges Recht von der juristischen Person hervorgegangen ist. Dieser Rechtssatz lautet: (der Sklave einer Körperschaft kann auch zu Aussagen gegen die einzelnen Mitglieder der Körperschaft durch Folter gezwungen

[55]) Vgl. Ihering, Geist des röm. Rechts, Bd. 1 S. 207 ff.; Gierke, Genossenschaftsrecht, Bd. 3 S. 43 ff. 101 ff.

[56]) Vergleiche die sehr interessanten Ausführungen bei Gierke, Genossenschaftsrecht, Bd. 3 S. 186 ff. 238 ff.

Digitized by Google

werden) nec enim plurium esse videtur, sed corporis; und zum anderen: si quid universitati debetur, singulis non debetur nec quod debet universitas singuli debent[57]). Das Vermögen der Körperschaft ist nicht gemeinsames Vermögen, und die Schuld der Körperschaft ist nicht gemeinsame Schuld der Körperschaftsglieder. In diesem materiellen Rechtssatz liegt der ganze Unterschied der römischen Korporation und der deutschen Genossenschaft begründet.

Das Korporationsvermögen ist Alleineigentum der Gesamtheit und die Korporationsschuld ist Alleinschuld der Gesamtheit. Die Gesamtheit ist eine andere Person (mag sie nun als „fingierte Person" oder als „reale Gesamtperson" vorgestellt werden) als ihre Glieder. Die Gesamtheit ist als solche ein anderes, neues, ihren Mitgliedern fremdes Vermögenssubjekt. Die Gesamtheit ist als solche vermögensfähig, und darum ihr Vermögen ein ihren Mitgliedern fremdes Vermögen, ihre Schuld eine ihren Mitgliedern fremde Schuld.

Die scharfe Scheidung zwischen der Gesamtperson und den einzelnen Gliedern, das ist alles. Die Gesamtperson und ihre Glieder gehen einander privatrechtlich gar nichts an. Die Glieder sind für das Vermögen der Gesamtperson nicht Glieder, sondern Fremde. Die Gesamtperson ist eine ganz andere Person, eine juristische Person, eine dritte Person neben und außer ihren Mitgliedern.

In voller Schärfe erhebt sich über den Mitgliedern der Körperschaft die Gesamtheit derselben als ein ideales Subjekt nicht bloß des Körperschaftsrechts, sondern des Privatrechts. Die bekannten Kategorieen des Privatrechts, das Alleineigentum, die Alleinschuld der Einzelperson, reichen völlig aus, um auch dem Vermögen der juristischen Person seine juristische Gestalt zu geben. Die Gesamtperson ist eine neue Einzelperson neben den übrigen.

Aber das römische Recht von der juristischen Person bedeutet nicht bloß eine klare, leicht faßliche Denkform, sondern, wie schon

[57]) L. 1 § 7 D. de quaest. (48, 18). L. 7 § 1 D. quod cuiuscumque univ. nom. (3, 4).

Digitized by Google

angedeutet wurde, praktische Rechtssätze von weittragender Bedeutung. Der eine Rechtssatz ist der: unter den Mitgliedern der Korporation finden in Bezug auf das Korporationsvermögen die Rechtssätze vom Miteigentum keine Anwendung. Der andere Rechtssatz lautet: die Mitglieder der Korporation haften nicht für die Korporationsschulden. In beiderlei Hinsicht gilt für die Genossenschaft der entgegengesetzte Grundsatz. Unter den Genossenschaftern gilt das Recht von der Vermögensgemeinschaft, und namentlich: der Genosse haftet für die Genossenschaftsschulden.

Es ist wie der Begriff, so das Recht der deutschen Genossenschaft ein grundsätzlich anderes als das der römischen Korporation (juristischen Person).

Trotzdem ist, wie schon bemerkt wurde, der wirtschaftliche Erfolg des deutschen Genossenschaftswesens und des römischen Korporationswesens in der Hauptsache der gleiche. In beiden Fällen ist ein bestimmtes Vermögen für die Zwecke einer bestimmten Gemeinschaft gebunden. Und, wirtschaftlich angesehen, stellt das Vermögen einer Korporation römischen Stils selbstverständlich gerade so gut gemeinsames, den gemeinsamen Zwecken der Glieder dienendes Vermögen dar wie das Vermögen einer deutschen Genossenschaft. Es ist nur die Rechtsform eine verschiedene, in welcher hier und dort das gemeinsame Vermögen für die Zwecke der Gemeinschaft festgelegt wird. Dort erscheint das Vermögen auch formell als gemeinsames, nur daß es einer einheitlichen Verwaltung (der Gesamtheit) unterworfen ist. Hier ist das materiell gemeinsame Vermögen formell Alleineigentum der Gesamtheit als Einheit. Von diesem Standpunkt aus gesehen, kann auch das Alleineigentum der römischen Korporation als eine Rechtsform der (wirtschaftlich vorhandenen) Vermögensgemeinschaft betrachtet werden[57a]).

[57a]) Zu vergleichen ist die Ausführung bei Bekker, System des heut. Pandektenrechts, Bd. 1 S. 251 ff. über „Gesellschaftliches oder quasigesellschaftliches Verhältnis der Korporationsglieder zu einander".

Digitized by Google

So würden sich vier verschiedene Rechtsformen der Vermögensgemeinschaft ergeben:

1. Das römische Miteigentum (communio): Vermögensgemeinschaft mit Verwaltungstrennung (völlige Verwaltungsfreiheit der einzelnen).

2. Das deutsche Gesamteigentum: Vermögensgemeinschaft mit Verwaltungsgemeinschaft (S. 30).

3. Die deutsche Genossenschaft: Vermögensgemeinschaft mit (körperschaftlicher) Verwaltungsorganisation.

4. Die römische Korporation: (wirtschaftliche) Vermögensgemeinschaft mit formellem Alleineigentum der Gesamtheit als juristischer Person.

Oft genug ist von der älteren Genossenschaftstheorie (Beseler u. a.) die deutsche Genossenschaft als eine Art Mittelding zwischen Kommunion (Nr. 1) und Korporation (Nr. 4) bezeichnet worden. Heute ist diese Art der Auffassung allgemein aufgegeben (oben S. 4). Wie die vorige Zusammenstellung zeigt, ist jedoch jene ältere Lehre durchaus nicht so ganz im Unrecht. Allerdings, in Bezug auf die Zuständigkeit des Vermögens ist keine Mittelstufe zwischen Kommunion und Korporation, kein „Durchwachsensein" von Miteigentum der einzelnen mit Alleineigentum der Gesamtheit möglich. Aber, die Formen der Vermögensgemeinschaft weisen verschiedene Arten der Verwaltung des gemeinsamen Vermögens auf. Die deutsche Genossenschaft zeigt uns eine Vermögensgemeinschaft, welche mit Alleinverwaltung der Gesamtheit sich verbindet. Als Vermögensgemeinschaft steht, wie sich bereits gezeigt hat, die deutsche Genossenschaft mit dem Gesamteigentum auf gleicher Linie, und nähert sie sich also von dieser Seite der Kommunion. Dagegen, als Verwaltungsorganisation, steht die deutsche Genossenschaft durchaus der römischen Korporation gleich. Wir unterscheiden hinsichtlich der Verwaltung:

1. Römische Kommunion und deutsches Gesamteigentum: Vermögensgemeinschaft mit Verwaltung durch die einzelnen condomini.

Digitized by Google

2. Deutsche Genossenschaft und römische Korporation: Vermögensgemeinschaft (sei es formelle, sei es materielle) mit Verwaltung durch die Gesamtheit.

In Bezug auf die Zuständigkeit des Vermögens zeigt die deutsche Genossenschaft die Züge der (deutschen) Kommunion, in Bezug auf die Verwaltung des Vermögens aber die Züge der Korporation. In diesem Sinne kann also allerdings der deutschen Genossenschaft jene vielberufene Mittelstellung zugesprochen werden. Aber kein „Durchwachsensein" und keine „organische Verbindung" sich widersprechender Gesichtspunkte! Sondern: das Vermögen der deutschen Genossenschaft ist der Zuständigkeit nach ein Vermögen der einzelnen und nur der Verwaltung nach ein „Vermögen" der Gesamtheit.

III.

Heutiges Recht.

Bieten die voraufgehenden Betrachtungen nur antiquarisches Material, oder dürfen sie auch für das heutige Recht Bedeutung in Anspruch nehmen?

Zweifellos ist: wir haben die beiden römischen Formen der „Vermögensgemeinschaft", die Kommunion und die Korporation, rezipiert. Das Miteigentum von heute ist das römische Miteigentum, und die juristische Person von heute ist die römische juristische Person. Unser heutiges Körperschaftsrecht (das Wort Körperschaft in dem technischen Sinn des Privatrechts für die Korporation mit juristischer Personeneigenschaft genommen) ist in seinen Grundlagen römisches Körperschaftsrecht. Das Vermögen der Körperschaft ist Alleineigentum der Gesamtheit, die Schuld der Körperschaft ist Alleinschuld der Gesamtheit. Aber was nehmen wir wahr? Gedanken des deutschen Genossenschaftsrechts machen sich in steigendem Maße auf dem Gebiete des Körperschaftsrechts geltend. Einmal: die neuere Lehre geht immer ent-

Digitized by Google

schiedener dazu über, das Vermögen der aufgelösten Privatkorporationen den Mitgliedern zuzusprechen (nicht als bonum vacans, wie die früher herrschende Theorie in Konsequenz der romanistischen Korporationslehre gethan hatte, dem Fiskus)[58]). Zum andern: die neuere Entwickelung drängt zu einer Haftung der Korporationsglieder für die Korporationsschulden, sei es unmittelbar (wie bei den Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften des Reichsgesetzes vom 4. Juli 1868), sei es wenigstens mittelbar durch Nötigung der Korporation zum Umlageverfahren gegen ihre Glieder[59]). Es ist die wirtschaftlich vorhandene Vermögensgemeinschaft, welche auf dem Gebiete des rezipierten römischen Körperschaftsrechts Reformen zu Gunsten deutsch-rechtlicher Gedanken herbeiführt.

Sind, wie die beiden römischen Gemeinschaftsformen (Kommunion und Korporation), so auch die beiden eigentümlich deutschen Formen (Gesamthand und Genossenschaft) heute noch am Leben? Zweifelsohne! Was die Gesamthand angeht, so braucht (von anderem abgesehen) nur an die gütergemeinschaftliche Ehe und an die Handelsgesellschaften (offene und Kommanditgesellschaft) erinnert zu werden.

Aber die deutsche Genossenschaft?

Auch die deutsche Genossenschaft blüht noch heute, trotzdem sie so oft schon tot gesagt worden ist. Sie blüht noch heute in all den zahlreichen Vereinen, denen, sei es nach gemeinem Recht, sei es nach Landesrecht, die juristische Persönlichkeit abgesprochen werden muß. Unsere gemeinrechtliche Praxis hält noch heute daran fest, daß juristische Persönlichkeit der Privatkorporation grundsätzlich nur durch landesherrliche Verleihung (Privileg) gewährt werden kann[59a]).

---

[58]) Vgl. Stobbe, Handbuch, Bd. 1 (2. Aufl.), § 54, S. 441. Roth, System des deutsch. Privatrechts I, § 72, S. 416. Bekker, System des heut. Pandektenrechts, Bd. 1 S. 258. 259. Wendt, Lehrbuch der Pandekten, § 29.

[59]) Vergleiche die lehrreichen Ausführungen, welche Meili in der bereits oben (S. 21 Note 33) zitierten Schrift über die Entwickelung des modernen Rechts betreffend die Schuldhaftung der Gemeinden giebt.

[59a]) Vergleiche die Darstellung bei Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 56 ff.

Digitized by Google

Partikularrechtlich (es genügt, an das preußische Landrecht zu erinnern) ist vielfach ausdrücklich nur dem privilegierten Verein die juristische Persönlichkeit zugesprochen.

Welche Rechtsstellung ist den zahlreichen unprivilegierten Vereinen zuzuweisen?

Von dieser Frage ist einst die Genossenschaftstheorie ausgegangen, und auf diese Frage ist allerdings die Lehre von der deutschen Genossenschaft allein imstande, die rechte Antwort zu erteilen.

Die unprivilegierten Vereine sind *Genossenschaften* im Sinne des deutschen Rechts.

Das heißt: sie sind als solche vermögensunfähig, sind *keine* juristischen Personen. Aber sie sind als solche verwaltungsfähig, handlungsfähig, prozeßfähig, und zwar vermöge *körperschaftlicher* Organisation. Das Dasein einer Körperschaft im Sinne des *öffentlichen* Rechts (verfassungsmäßig organisierte Personengesamtheit mit verfassungsmäßiger Gewalt über die Mitglieder) ist von Verleihung der juristischen Persönlichkeit (Vermögensfähigkeit), d. h. von dem Dasein einer Körperschaft im Sinne des Privatrechts *unabhängig*. Zum Dasein einer Körperschaft im Sinne des öffentlichen Rechts genügt es, wenn die Voraussetzungen des *öffentlichen* Rechts, insbesondere für den Privatverein, wenn die Voraussetzungen des *öffentlichen* Vereinsrechts erfüllt sind. Ist der Verein von öffentlichen Rechtswegen erlaubterweise vorhanden, so besteht ein Verein mit körperschaftlicher (verfassungsmäßiger) *Gewalt* über seine Mitglieder. Und kraft dieser seiner verfassungsmäßigen Gewalt vermag er über das „Vereinsvermögen", d. h. über das den Vereinszwecken gewidmete gemeinsame Vermögen seiner Mitglieder zu verfügen, gerade *als ob* es sein eigenes Vermögen wäre. Selbst die Legitimation für die grundbuchmäßige Verfügung wird ihm (wo nicht das Partikularrecht, wie z. B. das preußische Landrecht, unmittelbar widerstreitet) grundsätzlich zuzuerkennen sein. Denn im Grundbuch stehen nicht nur Personen, sondern auch Personenmehrheiten wechselnden Bestandes, welche ein

Digitized by Google

bloßer Gesamtname zusammenfaßt (wie z. B. die offene Handelsgesellschaft). In der deutschen Genossenschaft ist die Rechtsform gegeben, welche ohne Zwang sich mit dem thatsächlich vorhandenen Rechtsleben und seinen Bedürfnissen deckt.

Auch hier machen wir die Wahrnehmung, daß noch das heutige Recht unverändert aus der deutschen Vergangenheit überlieferte Rechtsformen wiedergiebt.

Allerdings, in einem Punkt wird der unprivilegierte Verein in seiner Eigenschaft als Genossenschaft sich grundsätzlich von der römischen Korporation unterscheiden. Der Rechtssatz: quod universitas debet, singuli non debent, findet auf die Schulden jener Vereine keine Anwendung. Die Schuld des unprivilegierten (vermögensunfähigen, wenngleich verwaltungsfähigen) Vereins ist als solche eine gemeinsame Schuld der Mitglieder. Aus der Schuld „des Vereins" kann der Verein verklagt werden (gleich der offenen Handelsgesellschaft). Aber nicht blos der Verein, sondern die sämtlichen Mitglieder (gleich den Ratmannen im Mittelalter). Und, die Verhaftung der Mitglieder schließt als solche grundsätzlich die Verhaftung mit dem ganzen Vermögen in sich. Es bedarf bestimmter Rechtsgründe, um den Gläubiger auf den „Anteil" des Vereinsgenossen am Vereinsvermögen zu beschränken. Nur das Eine läßt sich verteidigen, daß dem Vereinsgenossen im Zweifel exceptio excussionis zusteht, d. h. das Recht, zu begehren, daß zunächst der Verein in Anspruch genommen werde, um mit dem „Vereinsvermögen", im Notfall im Wege des Umlageverfahrens, durch Verteilung der Schuld auf die sämtlichen Genossen, den Gläubiger zu befriedigen. Der Gläubiger hat mit dem Verein kontrahiert. So mag er auch gehalten sein, zunächst beim Verein und durch das Mittel desselben seine Befriedigung zu suchen. Aber, das Umlageverfahren erscheint für den Vereinsgenossen als eine Rechtswohlthat, während es für das Korporationsmitglied (vgl. S. 25. 38) eine Beschwerung darstellt. Denn für die Korporation des Privatrechts gilt der Satz: was die Gesamtheit schuldet, das schulden die einzelnen nicht; für die Genossenschaft aber ist das Umgekehrte richtig: was die Ge-

Digitized by Google

samtheit „schuldet", das schulden rechtlich vielmehr nur die einzelnen [60]).

Für die Aktiva besteht unter den Mitgliedern des genossenschaftlichen Vereins Vermögensgemeinschaft, aber Vermögensgemeinschaft zu beweglichen Anteilen (oben S. 13. 14), und vor allem Vermögensgemeinschaft mit körperschaftlich organisierter Verwaltung, welche den einzelnen von jeder Verfügung ausschließt [61]).

Die deutsche Form der genossenschaftlichen Vermögensgemeinschaft setzt uns in den Stand, auch jenen nichtprivilegierten Vereinen das Recht wirklich zu gewähren, welches sie mit sich auf die Welt bringen.

Der Entwurf eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs liegt vor uns, ein bedeutsames Werk deutscher Geisteskraft, die reife Frucht vielhundertjähriger Entwickelung in sich bergend.

Welche Stellung nimmt der Entwurf zu den Fragen ein, welche uns beschäftigten?

---

[60]) Vgl. Stobbe, Handbuch, Bd. 1 S. 506. 507. — Das preußische Landrecht hat bekanntlich den Satz von der solidarischen Haftung der Genossen (der Mitglieder einer nicht privilegierten erlaubten Korporation) für die Genossenschaftsschuld. Die preußische Praxis sträubt sich dagegen und nimmt nur Haftung pro rata an, Stobbe a. a. O. Note 6.

[61]) Der im Obigen entwickelten Auffassung nähern sich alle Theorieen, welche in jenen Vereinen eine modifizierte Sozietät oder Kommunion (vgl. v Gerber, System des deutschen Privatrechts, 15. Aufl., § 49, S. 91) oder eine Gemeinschaft mit „kollektiver, formeller Personeneinheit" (Unger, Österr. Privatrecht I., S. 330 ff.), oder eine Art des deutschen Gesamteigentums sehen (Stobbe, Handbuch, Bd. 1 S. 508. Rosin, Zur Lehre von der Korporation, bei Gruchot, Beitr. z. Erläut. d. deutsch. R., Bd. 27 S. 124 ff.), insofern die Grundlage des Verhältnisses allerdings die Vermögensgemeinschaft, und zwar eine deutschrechtliche Vermögensgemeinschaft ist, welche als solche der gesamten Hand zunächst steht. Die obige Darstellung hat den Versuch gemacht, die Eigentümlichkeiten, welche die genossenschaftliche Vermögensgemeinschaft auszeichnen, wennmöglich zu deutlicherem positivem Ausdruck zu bringen.

Digitized by Google

Der Entwurf hat das römische Körperschaftsrecht zur wesentlichen Grundlage seiner, allerdings nicht sehr ausgiebigen, Bestimmungen über die „Personenvereine" (§ 41 ff.) gemacht. Ebenso hat der Entwurf ein Recht der „Gemeinschaft" ausgebildet (§ 762 ff.), welches in der Hauptsache der römischen Kommunion (mit wenig Änderungen) entspricht. Dem ist die wichtige Bestimmung hinzugefügt, daß diese Gemeinschaft „anzunehmen" steht, „sofern nicht aus dem Gesetze ein Anderes sich ergiebt" (§ 762). Die Folge ist, daß andere Gemeinschaftsformen nur in den vom Gesetz ausdrücklich bezeichneten Fällen zulässig sind. Nun giebt es aber nur einen einzigen Fall, in welchem das Gesetz eine andere Art der Gemeinschaft anerkennt: die gütergemeinschaftliche Ehe, welche auch nach dem Entwurf als Vermögensgemeinschaft zu gesamter Hand gestaltet ist. Die genossenschaftliche Vermögensgemeinschaft kommt überhaupt gar nicht vor. Die praktische Folge ist, daß für alle nichtprivilegierten Vereine (der Entwurf verweist betreffs Entstehung der juristischen Person auf das bisherige Recht) in Bezug auf ihr Vermögen die römische Vermögensgemeinschaft des Entwurfs Anwendung finden müßte, — ein sicher nicht annehmbares Ergebnis, welches die in der Praxis thatsächlich bereits durchgesetzte und geradezu unentbehrliche Anwendung deutschen Genossenschaftsrechts auf jene Vereine, sehr im Widerspruch mit der allgemeinen Rechtsüberzeugung, wieder rückgängig machen würde.

Ist es nicht Aufgabe des Entwurfs, den noch lebendigen Formen deutschen Gemeinschaftsrechts die ihnen zukommende Aufnahme und Ausgestaltung zu gewähren? Zweifelsohne! Neben der römisch gedachten Kommunion hat die deutsche Vermögensgemeinschaft zu gesamter Hand und die genossenschaftliche Vermögensgemeinschaft ein Recht darauf, den Vereinigungen der Privatpersonen als solchen zugänglich gemacht zu werden.

Die deutsche Genossenschaft fordert Einlaß in unsere Wissenschaft, in unser Recht. Die ganze energische geistige Bewegung, welche von Beseler bis auf Gierke auf diesen einen Zielpunkt unablässig sich gerichtet hat, verdankt ihre Lebenskraft und ihren

Digitized by Google

bedeutsamen wissenschaftlichen Wert der Thatsache, daß hier wirklich von Alters her überliefertes deutsches Recht in thatsächlicher Geltung stand, für welches die herkömmlichen Kategorieen nicht genügten. Den Abschluß muß diese Bewegung in unserem deutschen Gesetzbuch finden. Auch an dieser Stelle ist es das deutsche Recht, welches uns in den Stand setzt, zugleich die Eigenart des römischen Rechts und die unmittelbar uns umgebenden Rechtsformen der Gegenwart zu erkennen.

Digitized by Google

Pierer'sche Hofbuchdruckerei. Stephan Geibel & Co. in Altenburg.

Digitized by Google

Digitized by Google

Pierer'sche Hofbuchdruckerei. Stephan Geibel & Co. in Altenburg.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google